

DE L'OPPOSABILITÉ AUX TIERS COMME CARACTÉRISTIQUE DU DROIT RÉEL

ESSAI D'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE
SUR LA BASE DES DROITS ALLEMAND, FRANÇAIS ET SUISSE

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

Claude BOCQUET
de France

THÈSE N° 637

Genève
AVENIR S.A.
1978



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE L'OPPOSABILITÉ AUX TIERS COMME CARACTÉRISTIQUE DU DROIT RÉEL

ESSAI D'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE
SUR LA BASE DES DROITS ALLEMAND, FRANÇAIS ET SUISSE

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT

DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

DANIEL OLSCHAG

AVOCAT

À LAUSANNE

1966

10000 1740

Imprimé

Ateliers de

1966

DE L'OPPOSABILITÉ AUX TIERS
COMME CARACTÉRISTIQUE DU DROIT RÉEL

ESSAI D'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE
SUR LA BASE DES DROITS ALLEMAND, FRANÇAIS ET SUISSE

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

Claude BOCQUET

de France

THÈSE N° 637

Genève
AVENIR S.A.
1978

DE L'OPPOSABILITÉ AUX TIERS
COMME CARACTÉRISTIQUE DU DROIT RÉEL

ESSAI D'HISTOIRE GÉNÉRALE
DE LA NOTION D'OPPOSABILITÉ
ET DE LA NOTION DE DROIT RÉEL
PAR
M. J. J. J. J.



THÈSE N° 637

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 30 juin 1978

UNIVERSITE DE GENÈVE
AVENUE 4
1205

Thèse N° 637

Le Doyen :
Philippe GRAVEN

DE L'OPPOSABILITE AUX TIERS COMME CARACTERISTIQUE DU DROIT REEL

* * *

Essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemand, français et suisse

Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses.(...)

Les êtres particuliers intelligents peuvent avoir des lois qu'ils ont faites; mais ils en ont aussi qu'ils n'ont pas faites.

(Montesquieu : de l'Esprit des Loix I-II)

Adresses de l'auteur :

En Suisse
50, rue de Montchoisy
1207 GENEVE

En France
45, le Crêt-Millet
74160 St-Julien

Sommaire

PREMIERE PARTIE :

POSITION THEORIQUE

41 Chapitre I : Objectifs et méthodologie

41 A — Vérification d'une règle scientifique

42 B — Possibilités et méthode de vérification

42 1. Logique classique et logique popperienne

46 2. Objectifs de la présente étude et plan

46 a) définition générale

46 b) remarques complémentaires

47 c) plan

47 3. Appendice no 1 : réflexions complémentaires au sujet de l'oeuvre de Popper.

50 4. Appendice no 2 : affirmation préalable du caractère scientifique de la réflexion juridique.

53 Chapitre II : Position de la démarche dans la science juridique.

53 A – Vers une théorie des niveaux de la règle de droit

53 1. Exposé général

55 2. Le niveau profond : niveau épistémologique

56 B – Rôle du droit “comparé”

57 C – Position de la démarche par rapport aux grands courants de la pensée juridique.

57 1. Naturalisme et positivisme

59 2. Ecole de la logique juridique

63 Chapitre III : Enoncé de la règle à éprouver :

63 A – Définition du droit réel

63 B – Les diverses caractéristiques du droit réel

64 1. L’immédiateté du droit

65 2. Le lien du droit réel avec la maîtrise de la chose

66 3. L’affectation à un patrimoine (Zuordnung)

66 4. L’opposabilité aux tiers

67 C – Approfondissement de la notion d’opposabilité aux tiers

67 1. Remarques liminaires

67 a) hypothèse de définition

68 b) problème technique propre à l’établissement de cette définition

- 68 2. Les tiers
- 68 a) tentative de définition globale
- 70 b) définition pragmatique
- 71 c) tiers réels et tiers potentiels
- 71 3. L'opposabilité
- 71 a) qualité de débiteur
- 72 b) effet quelconque
- 72 c) qualité particulière du droit qui permet à son titulaire de le *faire valoir* (contre quiconque)
- 72 c – 1 principe
- 73 c – 2 analyse en *droit de suite* et *droit de préférence* de la doctrine française.
- 74 c – 3 conséquence de notre définition : condition de fond de l'existence du droit.
- 74 d – l'extension de sens de l'usage courant
- 74 d – 1 énoncé
- 75 d – 2 situation intermédiaire
- 75 d – 3 survivance du droit
- 76 d – 4 conclusion
- 76 e – devoir général de respect des droits d'autrui.

77 D – Rôle de l'opposabilité aux tiers dans la qualification du droit réel.

- 77 1. Droit romain et ancien droit français : apparition de la règle.
- 78 2. Les débats modernes en France et en Suisse
- 78 a – le traité de droit français de l'Allemand Zachariae von Liengenthal, Roguin, les Personnalistes, Rigaud
- 82 b – 1960 : Ginossar, Rigaud.
- 84 3. La question en Allemagne :
- 84 a – Notions générales d'histoire du droit privé allemand
- 85 b – L'approche des Pandectistes
- 85 b – 1 rappel Jhering - Savigny
- 85 b – 2 Windscheid : le Personnalisme allemand
- 86 c – La doctrine allemande contemporaine
- 86 c – 1 Westermann
- 86 c – 2 Baur : l'ambiguïté de l'*Absolutheit*

89 Chapitre IV : Exclusion d'une définition : l'inopposabilité aux tiers des droits réels sanction des devoirs généraux

89 A — Enoncé et profil

- 89 1. Droits réels inopposables aux tiers
- 90 2. Droits personnels opposables aux tiers
- 90 3. Plan

91 B — La notion de devoir général

92 C — Contenu commun et sanction des devoirs généraux

- 92 1. Contenu
- 93 2. Sanction

93 D — Réflexion complémentaire sur l'action paulienne.

- 93 1. Objectif
- 93 2. Les sources romaines
- 95 3. L'action paulienne dans les coutumes de France
 - 95 a — les allusions dispersées dans l'oeuvre de Pothier
 - 95 b — droit de suite des créanciers ?
 - 96 c — règle de fond de la coutume
- 96 4. Les législations modernes
 - 96 a — droit français
 - 96 a — 1 : l'art. 1167 C. civ.
 - 97 a — 2 : condition de fond de l'action
 - 99 a — 3 : nature de l'action
 - 100 b — droit allemand
 - 100 b — 1 : sources formelles
 - 100 b — 2 : contenu
 - 100 b — 3 : conclusions comparatives
 - 101 c — droit suisse
 - 101 c — 1 : source et contenu
 - 102 c — 2 : nature de l'action

102 E — Conclusions

- 102 1. Eclaircissement d'un point théorique : contenu du niveau épistémologique de la règle de droit.
- 103 2. Rappel d'un acquis : parallélisme des droits réels inopposables et des droits personnels opposables aux tiers.
- 103 3. Portée de l'exclusion.

DEUXIEME PARTIE :

ETUDE SYSTEMATIQUE

107 Section I :

L'opposabilité aux tiers du droit de propriété mobilière

107 I — Considérations générales (rappel) :

107 II — L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire mobilier dans le cas du transfert *a non domino*

107 A -- Réflexions générales

- 107 1. Signification d'un abord du transfert *a non domino* dans la présente étude.
- 108 2. Qualification pragmatique
- 108 3. Les tiers

108 B — Tests de droit français :

- 108 1. Introduction :
- 108 a — double hypothèse

- 109 b – rappel historique au sujet de l'effet réel du contrat
- 109 b – 1 : ancien et nouveau droit
- 109 b – 2 : vest et dévest de l'ancien droit
- 110 b – 3 : transfert des risques (et profits) de la chose
- 110 b – 4 : nature et essence du contrat
- b – 5 : exceptions à la règle du transfert

112 2. Double vente :

Test no 1

- 112 a – test et premières conclusions :
- 112 a – 1 : énoncé et résultat formel du test
- 113 a – 2 : justification systématique de ce résultat
- 114 a – 3 : nature de ce cas “d'inopposabilité aux tiers” d'un droit de propriété.
- 114 b – réflexions sur l'inopposabilité aux tiers au sens dérivé :
- 115 b – 1 : situation intermédiaire
- 116 b – 2 : survivance du droit

118 3. Chose confiée, perdue ou volée :

Test no 2

- 118 a – hypothèse
- 119 b – norme positive
- 119 c – fondements historiques
- 120 c – 1 : droit romain
- 120 c – 2 : coutumes germaniques et droit médiéval
- 121 c – 3 : synthèse de la jurisprudence du Châtelet
- 121 c – 4 : note complémentaire sur l'art. 1599 C. civ.
- 123 d – la voie de la doctrine et de la jurisprudence : question de la survivance du droit
- 123 d – 1 : énoncé de la solution apparente
- 123 d – 2 : – aperçu d'avis de doctrine
- la théorie de la prescription instantanée
- la théorie de la présomption irréfragable de propriété (Joserrand)
- 125 d – 3 : la jurisprudence
- l'arrêt Fay contre Zacarelli
- les motifs de la Cour
- analyse de ces motifs
- implications théoriques.

129 C — Tests de droits allemand et suisse :

129 1. Rappel théorique

130 2. Chose confiée perdue ou volée dans l'hypothèse du transfert de la propriété par tradition

Test no 3

130 a — norme positive du droit allemand.

130 a — 1 : Principes généraux

131 a — 2 : Résultat formel

132 b — Norme positive du droit suisse

132 c — Analyse et considérations théoriques pour les deux droits.

132 c 1 : Nature de ce cas d'inopposabilité aux tiers d'un droit de propriété.

133 c — 2 : Situation intermédiaire : propriété et possession.
— le CCS : position théorique du législateur suisse (et doctrine)
— la doctrine suisse : réflexion de *lege ferenda*.
— la doctrine allemande
— extension des conclusions.

139 c — 3 : Survivance du droit.
— énoncé du problème pour les droits allemand et suisse
— problème d'interprétation propre au droit suisse
— conclusion.

142 3. Chose confiée (perdue ou volée) dans l'hypothèse du transfert de la propriété par constitut possessoire

Test no 4

142 a — énoncé

143 b — norme positive du droit allemand

143 c — norme positive du droit suisse

144 d — conclusion : nature de l'inopposabilité au tiers acquéreur du droit du premier propriétaire

145 4. Double vente par constitut possessoire

Test no 5

145 a — hypothèse no 1 : chose livrée au second acheteur.

145 b – hypothèse no 2 : chose restée aux mains du vendeur.

146 D – Considérations sur les 5 tests consacrés à l’opposabilité
 aux tiers du droit du dominus dans le transfert a non
 domino :

146 1. Absence de falsification *a priori*

146 2. Falsification au sens propre : approfondissement de la recherche

146 a – situation intermédiaire

146 b – survivance du droit

147 III – L’opposabilité aux tiers du droit du propriétaire mobilier
 qui a acquis la chose a non domino (Etude de quelques
 cas particuliers).

147 A – L’opposabilité aux tiers du droit de l’acquéreur a non
 domino à titre gratuit en droit allemand (paragraphe
 816 BGB)

Test no 6

147 1. Enoncé de la norme légale

148 2. Analyse en termes d’opposabilité aux tiers du droit acquis

149 a – catégorie de tiers concernée

149 b – nature de ce cas d’inopposabilité aux tiers

149 c – possibilité d’assimilation à un cas d’inopposabilité aux tiers:
 conclusion.

150 B – L’opposabilité aux tiers du droit de celui qui a acquis,
 dans certaines circonstances, un meuble perdu ou volé,
 particulièrement à titre gratuit, en droit français (art.
 2280 al. 1 C. civ.) et en droit suisse (art. 934 al. 2 CCS).

Test no 7

150 1. Normes légales

- 151 2. Enoncé du problème soulevé
- 151 3. Choix d'une solution
- 152 IV – L'opposabilité aux tiers du droit de propriété sur les biens mobilisés par anticipation :
- 152 A – L'opposabilité aux tiers du droit de l'acheteur d'un meuble par anticipation en droit français

Test no 8

- 152 1. Notion de meuble par anticipation et énoncé du problème
- 152 a – notion de meuble par anticipation
- 153 b – énoncé du problème
- 154 2. Analyse en terme d'opposabilité aux tiers
- 154 a – question préjudicielle de la validité de la clause contractuelle
- 154 b – question de fond
- 154 b – 1 : avis de la doctrine
- 156 b – 2 : position de la jurisprudence et théorie de Fréjaville
- 156 b – 3 : solution proposée
- 157 c – nature de ces cas d'inopposabilité aux tiers par rapport à nos définitions
- 157 c – 1 : énoncé de la question
- 158 c – 2 : première hypothèse : qualité du droit mobilier *avant* l'inscription du droit immobilier
- 159 c – 3 : deuxième hypothèse : qualité du droit mobilier *après* l'inscription du droit immobilier
 - principe
 - situation intermédiaire
- 160 B – Deux problèmes d'opposabilité aux tiers du droit de propriété sur les accessoires de biens immobiliers en droit suisse :
- 160 1. L'opposabilité aux tiers du droit de propriété sur les accessoires lors du transfert de la propriété de la chose principale immobilière en général

Test no 9

- 160 a — notion d'accessoire et énoncé du problème
- 160 a — 1 : notion d'accessoire
- 161 a — 2 : énoncé du problème
- 161 b — résultat du test au vu de la jurisprudence
- 163 c — considérations supplémentaires
- 163 c — 1 : énoncé d'un résultat général
- 163 c — 2 : exclusion d'une réserve
- 164 2. L'opposabilité aux tiers du droit de propriété réservée du superficiaire sur les accessoires de l'immeuble bâti à l'expiration du droit de superficie

Test no 10

- 164 a — hypothèse envisagée
- 164 a — 1 : énoncé
- 164 a — 2 : réflexions préalables à propos des contrats des art. 779 a et 779 b CCS
- 166 b — solution proposée
- 166 b — 1 : en cas d'inscription
- 166 b — 2 : en l'absence d'inscription
- 167 V — L'opposabilité aux tiers du droit de propriété mobilière dans l'exécution forcée contre les biens d'une autre personne.
- 167 A — Position du problème :
 - 167 1. Enoncé
 - 167 2. Qualification pragmatique de cette opposabilité
- 168 B — Notions générales sur les sources de notre réflexion : historique parallèle et sommaire des trois législations :
 - 168 1. Fondements de l'exécution forcée
 - 168 2. Droit allemand et droit français

169 3. Droit suisse

170 4. Conclusion et objectifs

170 **C — Tests de droit suisse :**

170 1. L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire d'un meuble porté à l'inventaire des biens d'une autre personne faillie

Test no 11

170 a — résultat formel

171 b — définition des tiers en cause

171 2. L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire d'un meuble saisi en la possession immédiate d'une autre personne

Test no 12

171 a — énoncé de l'hypothèse

171 b — résultat formel

173 c — qualification de cette inopposabilité aux tiers

173 c — 1 : en général

173 c — 2 : dans le cas spécial des choses perdues ou volées

174 d — les tiers

174 3. L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire d'un meuble acquis par constitut possessoire (art. 717 CCS)

Test no 13

174 a — position du problème et solution légale

175 b — objection : le fondement paulien

176 4. L'opposabilité aux tiers du droit de propriété réservée par un pacte dans les cas d'exécution forcée.

Test no 14

176 a — considérations générales sur l'institution du pacte de réserve de propriété

176 b — le pacte de réserve de propriété du droit suisse

177 c — réflexion sur l'existence de pactes de réserve de propriété non inscrits

- 178 d – résultat du test
- 178 d – 1 : pacte inscrit
- 179 d – 2 : pacte non inscrit
- 179 5. L'opposabilité aux tiers du droit de propriété réservée avec clause de revente (arrêt Gautschi contre Pfisterer)

Test no 15

- 179 a – réserve formelle
- 179 b – l'arrêt Pfisterer contre Gautschi
- 180 c – conséquences de cette jurisprudence

181 D Tests de droit allemand :

- 181 1. L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire mobilier dans la faillite d'une autre personne

Test no 16

- 181 a – énoncé de l'hypothèse
- 181 b – sources légales
- 182 c – résultat du test
- 182 2. L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire mobilier sur un objet saisi en la possession immédiate d'une autre personne

Test no 17

- 182 a – énoncé et sources légales
- 183 b – résultat du test
- 183 3. Considérations complémentaires liées aux tests no 16 et 17
- 184 4. L'opposabilité aux tiers du droit de propriété acquis en violation d'une interdiction légale (BGB paragraphe 135; ZPO paragraphe 772; KO paragraphe 7 ch. 1)

Test no 18

- 184 a – la norme du paragraphe 134 BGB concernant les actes juridiques
- 185 b – l'inopposabilité des actes de disposition
- b – 1 : norme et résultat

- 185 b — 2 : concrétisation des cas visés par la loi
186 b — 3 : application du principe des paragraphes 135 et 136
 BGB dans le droit de la saisie et de la faillite

- 187 E — Test de droit français : l'opposabilité aux tiers du droit
 de propriété mobilière dans le règlement judiciaire et
 la liquidation de biens se rapportant au patrimoine d'une
 autre personne (art. 59 de la loi 67 - 563 du 13 juillet
 1967).

Test no 19

- 187 1. Norme et objectif
187 2. L'art. 59 de la loi du 13 juillet 1967 : la question du délai
187 a — principe
189 b — les tiers
189 c — note complémentaire à propos d'une erreur doctrinale.

191 Section II :

L'opposabilité aux tiers du droit de propriété immobilière

191 I — Profil :

191 A — Généralités : historique et publicité foncière

- 191 1. Principes et systèmes
191 2. Particularités du système français

192 B — Enoncé général des hypothèses :

- 192 1. Le transfert *a non domino* (titre valable)
193 2. Le transfert sans cause (titre non valable)

193 II – Première hypothèse : le transfert a non domino

193 A – Droit allemand et suisse (paragraphe 892 BGB et art. 973 CCS)

Test no 20

194 B – Droit français

194 1. La vente *a non domino* (art. 2265 C. civ.)

Test no 21

194 2. La double vente

194 a – l'opposabilité aux tiers du droit du premier acquéreur

Test no 22

194 a – 1 : l'évolution de la jurisprudence et l'arrêt Vallet contre Roncari

- la jurisprudence classique
- l'arrêt Vallet contre Roncari

198 a – 2 : l'opposabilité aux tiers du droit du premier acquéreur dans la perspective de la jurisprudence actuelle

199 b – l'opposabilité aux tiers du droit du second acquéreur de mauvaise foi

Test no 23

200 III – Deuxième hypothèse : le transfert sans cause

200 A – Droit suisse

200 1. l'art. 661 CCS

Test no 24

201 2. l'hypothèse des contre-lettres

Test no 25

201 a – énoncé

- 201 b — la jurisprudence
202 c — lecture de la jurisprudence en termes d'opposabilité aux tiers
203 d — note comparative de droit français
203 3. l'art. 662 al. 2 CCS : prescription extra tabulaire

Test no 26

204 B — Droit allemand

- 204 1. les paragraphes 900 et 927 BGB

Test no 27

- 204 2. l'opposabilité aux tiers du droit de se faire inscrire comme propriétaire (paragraphe 927 al. 3 BGB)

Test no 28

- 205 C — **Droit français** : l'art. 2262 C. civ. appliqué à la propriété immobilière

Test no 29

207 SECTION III

L'opposabilité aux tiers des droits réels limités

207 I — Partie générale

207 A — Droit réel et droits réels limités

208 B — Éléments caractéristiques du droit réel appliqués aux droits réels limités

- 208 1. l'opposabilité aux tiers

- 209 2. l'immédiateté du droit

- 209 3. le lien du droit réel avec la maîtrise directe de la chose
- 210 4. l'affectation à un patrimoine (Zuordnung)
- 210 C – **Conception française des deux catégories de droits réels limités**
- 210 1. principe
- 211 2. choix de la systématique française fondé sur la détermination préalable des tiers et du contenu pragmatique de la notion d'opposabilité.
- 213 **Première sous-section : l'opposabilité aux tiers des droits réels démembrements de la propriété**
- 213 I – **L'opposabilité aux tiers de certains usufruits légaux du droit suisse**
- 213 A – **Dispositions communes aux usufruits légaux immobiliers (art. 747 CCS)**

Test no 30

- 213 1. énoncé de la règle
- 214 2. analyse de la règle
- 215 3. appendice : comparaison des art. 747 et 837 CCS (droit réel et théorie du *ius ad rem*)
- 217 B – **L'opposabilité aux tiers des usufruits du droit des successions (art. 561 et 564 CCS)**

Test no 31

- 217 1. énoncé et résultat du test
- 218 2. les tiers
- 218 3. durée de la situation d'inopposabilité aux tiers du droit d'usufruit

218 II – L’opposabilité aux tiers de l’usufruit légal du conjoint survivant en droit français

Test no 32

218 A – Enoncé et résultat du test

219 B – Note sur l’art. 621 C. civ. : l’extinction de l’usufruit

219 III – Remarque relative au droit allemand :

220 IV – L’opposabilité aux tiers de la servitude d’écoulement des eaux pluviales en droit français (art. 640 C. civ.)

Test no 33

220 A – La règle de l’art. 640 C. civ.

220 B – Hypothèse du test

220 C – Analyse et conclusion

223 Deuxième sous-section : l’opposabilité aux tiers des sûretés réelles

223 I – Partie générale

223 A – Les différents systèmes

223 1. profil

223 2. la notion de tiers aux sûretés réelles; droit de suite et droit de préférence (rappel)

223 B — **Le droit français**

- 223 1. conceptions fondamentales et historiques
- 224 2. la publicité des sûretés immobilières
- 225 3. tableau sommaire des sûretés réelles
 - 225 a — les privilèges généraux (mobiliers et immobiliers)
 - 225 b — les privilèges immobiliers spéciaux
 - 226 c — les hypothèques légales
 - 227 d — les hypothèques conventionnelles (et judiciaires)
 - 227 e — les privilèges mobiliers spéciaux
 - 227 f — l'antichrèse
 - 228 g — les hypothèques mobilières
 - 228 h — conclusion

228 C — **Le droit suisse**

- 228 1. sources
- 228 2. les privilèges généraux
- 229 3. les sûretés réelles du CCS

231 D — **Le droit allemand**

- 231 1. les privilèges généraux
- 231 2. les sûretés réelles du BGB
 - 231 a — les sûretés immobilières
 - 232 b — les sûretés mobilières

232 II — **Partie spéciale**

232 A — **Droit immobilier**

- 232 1. l'opposabilité aux tiers des privilèges immobiliers spéciaux

- 232 a – l'opposabilité aux tiers des privilèges immobiliers spéciaux du droit français après leur inscription prise en temps utile

Test no 34

- 233 b – l'opposabilité aux tiers du droit improprement dit d'hypothèque légale du droit cantonal (art. 836 CCS)

Test no 35

- 233 b – 1 : énoncé pour l'art. 836 CCS
234 b – 2 : droit de préférence
235 b – 3 : droit de suite
235 c – l'opposabilité aux tiers du droit réel découlant des art. 808 al. 3 et 810 al. 2 CCS

Test no 36

- 236 d – l'opposabilité aux tiers de *l'hypothèque légale privilégiée* des artisans et entrepreneurs en droit suisse après son inscription (art. 841 CCS)

Test no 37

- 236 d – 1 : remarques préalables
237 d – 2 : droit de préférence : mise en oeuvre spéciale du privilège des artisans et entrepreneurs
238 2. l'opposabilité aux tiers des hypothèques conventionnelles
238 a – l'opposabilité aux tiers des hypothèques conventionnelles en général dans les trois droits

Test no 38

- 240 b – l'art. 29 ch. 6 de la loi française no 67-563 du 13 juillet 1967

Test no 39

- 240 b – 1 : résultat formel
241 b – 2 : approfondissement de ce cas d'inopposabilité aux tiers au sens propre d'un droit réel
241 B – **Droit mobilier : l'opposabilité aux tiers des privilèges mobiliers spéciaux**
241 1. approche générale préliminaire
241 a – double aspect initial de la notion de sûreté réelle mobilière : privilège ou droit de rétention

- 242 b – traitement de la question par chacun des trois droits envisagés
242 b – 1 : droit suisse
242 b – 2 : droit allemand et français
 – droit allemand
 – droit français

245 2. Tests

- a – l’opposabilité aux tiers du gage mobilier par nantissement dans les trois droits

Test no 40

- 246 b – l’opposabilité aux tiers des privilèges mobiliers spéciaux du droit français découlant de la loi, particulièrement de ceux du bailleur et de l’aubergiste (art. 2102 ch. 1 et ch. 5 C. civ.)

Test no 41

- 247 c – l’opposabilité du droit de rétention au tiers acquéreur de la propriété de la chose en droit français

Test no 42

249 **Section IV**

L’opposabilité aux tiers des créances réelles (ius ad rem)

249 **I – Notions de créance réelle**

249 **A – Introduction générale et historique à la théorie du ius ad rem**

250 **B – Le ius ad rem dans la doctrine française contemporaine**

251 **C – La théorie du ius ad rem en Suisse**

251 **1. le ius ad rem en Suisse jusqu’en 1966**

251 **a – historique général**

- 254 b – l’article de Peter Liver “die Realobligation” : considération sur le niveau épistémologique de la règle de droit

- 254 2. l'arrêt Robusti
- 255 3. les commentaires et leur lecture par la doctrine depuis 1966
- 257 4. les critères retenus par la doctrine actuelle pour distinguer le *ius ad rem* du droit réel
 - 257 a — le critère de la prestation positive
 - 258 b — le critère de la prestation unique ou en nombre déterminé
 - 259 c — le critère de l'absence de maîtrise directe de la chose
 - 259 d — le critère de la responsabilité pour la dette
 - 260 e — le critère de la source légale

260 D — La doctrine allemande face à la théorie du *ius ad rem*

261 II — Signification de tests portant sur l'opposabilité aux tiers des créances réelles (Éléments de logique)

262 III — Tests

262 A — Tests de droit français

- 262 1. l'opposabilité aux tiers de la créance réelle découlant du titre dérogeant à la règle de l'art. 698 C. civ.

Test no 43

- 262 a — énoncé
- 263 b — résultat dans l'hypothèse où l'obligation est fondée sur le titre d'établissement de la servitude
- 263 c — résultat dans l'hypothèse d'un titre postérieur à l'établissement de la servitude
- 264 d — nature de cette inopposabilité aux tiers
- 264 2. l'opposabilité aux tiers du droit du vendeur d'un immeuble de faire inscrire un privilège immobilier spécial (art. 2103 ch. 1 C. civ.)

Test no 44

- 264 a — droit de suite
- 264 b — droit de préférence

265 B — Test de droit suisse

1. l'opposabilité aux tiers de la créance réelle de l'entrepreneur en inscription d'une hypothèque légale (art. 837 ch. 1 et 839 CCS)

Test no 45

265 a — droit de suite

266 b — droit de préférence dans la faillite

- 268 2. l'opposabilité aux tiers des droits personnels annotés au registre foncier

268 Test no 46

268 a — qualification de *ius ad rem*

268 b — résultat du test

268 b — 1 : droit de suite contre tout propriétaire de l'immeuble

269 b — 2 : droit de préférence

- 269 3. Appendice : L'opposabilité aux tiers d'une créance réelle peut-elle contenir le transfert de la qualité de partie à un contrat ? (cas de l'annotation d'un bail)

- 271 IV — Conclusion : valeur de la règle selon laquelle l'opposabilité aux tiers est une qualité caractéristique de la créance réelle

275 Section V

275 L'opposabilité aux tiers des créances civiles

275 I — Partie générale : position de la démarche

275 A — Eléments de logique

275 B — La notion d'opposabilité aux tiers appliquées aux créances civiles

- 275 1. définition du domaine de recherche
- 276 2. les réflexions de la doctrine française sur le thème de l'inopposabilité aux tiers des conventions
- 278 3. l'opposabilité aux tiers des créances civiles se rapportant à une chose se manifeste par un droit de suite

278 II — Tests

278 A — L'opposabilité aux tiers du droit de l'acheteur au transfert de la propriété de la chose en droit allemand et en droit suisse

Test no 47

- 278 1. énoncé
- 279 2. traitement du problème du tiers de mauvaise foi
- 279 a — la solution de Gierke et d'Oertmann : la responsabilité délictuelle du tiers
- 279 b — la solution de Mercier : le *ius ad rem* de l'acheteur
- 279 c — la solution de Larenz: retour à la solution de Gierke et Oertmann
- 279 d — la solution de Grossen : acte illicite et mode de réparation
- 280 3. la position de la doctrine majoritaire actuelle
- 280 a — en Allemagne
- 280 b — en Suisse
- 281 4. Résultat du test

282 B — L'opposabilité aux tiers du droit du locataire

- 282 1. l'opposabilité aux tiers de la créance du locataire immobilier en droit allemand (paragraphe 571 BGB et 21 al. 1 et 3 KO)

Test no 48

- 283 2. l'opposabilité aux tiers de la créance en droit suisse

Test no 49

- 283 3. l'opposabilité aux tiers de la créance du locataire immobilier en droit français

Section VI

285 **Tableau schématique du résultat des tests : conclusion sur la validité de la règle a priori**

285 **I – Objectif**

285 **II – Tableau**

286 **III – Conclusions**

TROISIEME PARTIE :

**INTERPRETATION DU DEGRE DE FALSIFIABILITE DE LA
REGLE MISE A L'EPREUVE**

289 **Chapitre I : Eléments des principes d'anlayse**

289 **A – Elaboration des principes d'analyse**

289 **B – Réflexions générales sur le choix et le résultat des tests**

290 **C – Définition finale du concept de droit réel inopposable aux tiers**

291 **D – Elément d'affaiblissement de la règle : l'expérience du ius ad rem**

293 **Chapitre II : Examen du degré de falsifiabilité de la règle**

293 **A – Constat de dualité des types de falsification**

- 293 B – La falsification d’attribution de rang : première réexpression de la règle
- 294 C – Analyse et classification des causes et fondements exogènes des cas relevés de falsification
- 294 1. les fondements “pathologiques”
- 295 2. les fondements sur des conflits d’a priori épistémologiques
- 295 a – l’inopposabilité aux tiers fondée sur l’absence de moyens de preuve
- 295 b – le fondement paulien
- 297 Chapitre III : Tentative de réexpression de la règle
- 299 Bibliographie

Principales abréviations

I — Lois

a — Allemagne

Anf. G. : Anfechtungsgesetz (loi sur l'action révocatoire).

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil)

HGB : Handelsgesetzbuch (Code de commerce).

KO : Konkursordnung (ordonnance sur la faillite).

VVG : Gesetz über den Versicherungsvertrag (Loi sur le contrat d'assurance).

ZPO : Zivilprozessordnung (ordonnance de procédure civile).

b — France

C. civ. : Code civil.

C. comm. : Code de commerce.

c — Suisse

CCS : Code civil suisse.

CFO : Code fédéral des obligations (de 1881).

CO : Code des obligations (de 1907).

LP : Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.

II — Revues et autres publications

a — Allemagne

Arch. Ziv. Prax. : Archiv für die Zivilistische Praxis.
BB : Der Betriebsberater.
BGBI : Bundesgesetzblatt.
BGHZ : Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.
BVG : Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.
DRTZ : Deutsche Rechtszeitschrift.
Jur. Rsch : Juristische Rundschau.
JUS : Juristische Schulung (Zeitschrift für Studium und Ausbildung)
J. W. : Juristische Wochenschrift.
LM : Lindenmaier – Möhring (memento).
JZ : Juristenzeitung.
MDR : Monatschrift für Deutsches Recht.
NJW : Neue Juristische Wochenschrift.
RG (Z) : Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGBl : Reichsgesetzblatt.
SA : Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warn : Warneyer : die Rechtsprechung des RGH auf dem Gebiete des Zivilrechts.
 Warneyer : Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen.
Warn. Jahrbuch : Warneyer Jahrbuch der Entscheidungen.

b — France

D. (D. H., D. S.) : Revue *Dalloz* (Hebdomadaire, Systématique, Dalloz Sirey à certaines époques).
J. C. C. : Jurisclasseur civil.
Jur. Codes et Lois : Jurisclasseur Codes et Lois.
JCP : Jurisclasseur périodique (Semaine juridique).
JO : Journal officiel.
Rev. trim. de droit civil : Revue trimestrielle de droit civil.
Rev. trim. de droit commercial : Revue trimestrielle de droit commercial.
RIDC : Revue internationale de droit comparé.
S. : Revue Sirey.

c — Suisse

ATF : Arrêt du Tribunal fédéral.
FF : Feuille fédérale.
JT : Journal des tribunaux.
RJB : Revue des juristes bernois.

RNRF : Revue du notariat et du registre foncier.

RDS : Revue de droit suisse.

ROLF : Recueil officiel des lois fédérales.

RSJ : Revue suisse de jurisprudence.

SJ : Semaine judiciaire.

Avant-propos

Il est deux méthodes parfaitement opposées pour livrer au lecteur le fruit d'une recherche scientifique. La première, qui est la plus simple, consiste à exposer le résultat de la recherche, en expliquant quand cela est nécessaire de quelle manière ce résultat peut être justifié. La seconde consiste à exposer le déroulement de la recherche même auquel le chercheur associe le lecteur dans tous ses détails heureux ou malheureux, ses instants de brusque lumière, ses embuches, ses impasses, et sans laisser deviner *a priori* où il en arrivera, comme il ne pouvait le deviner lui-même dans son cabinet de travail. Cette seconde méthode est quelquefois employée par les auteurs de sciences exactes, mais elle est tout à fait inhabituelle en matière de science humaine et pratiquement inexistante dans la science du droit.

C'est pourtant cette seconde méthode que nous avons été amené à choisir pour les motifs de fond évidents qui apparaîtront au cours de notre exposé, dans un domaine où tout est nouveau et ne saurait trouver partant de justification que par la précision des détails exposés de l'expérimentation.

Le lecteur juriste sera peut-être ainsi déconcerté; qu'il nous pardonne de l'emmener fréquemment très loin dans des expériences d'abord prometteuses dont nous finissons par admettre nous-mêmes qu'elles se soldent par un échec. Mais la nature de cet ouvrage est justement de montrer que ces échecs aussi ont une valeur créatrice, comme sans doute dans toute science véritable, et après dix ans de réflexion juridique nous sommes plus que jamais persuadé du caractère scientifique de la démarche juridique.

PREMIÈRE PARTIE

Position théorique

CHAPITRE I

OBJECTIFS ET METHODOLOGIE

A — Vérification d'une règle scientifique :

Les juristes, comme d'ailleurs les praticiens de la plupart des sciences, ont l'habitude, par commodité, de faire usage d'un certain nombre de règles scientifiques établies depuis des temps immémoriaux, qu'ils ne mettent jamais véritablement en question, et dont ils savent pourtant, par expérience, qu'elles peuvent se trouver en défaut.

C'est à cette catégorie de règles qu'appartient celle en vertu de laquelle le droit réel a notamment pour caractéristique son opposabilité aux tiers. Cette caractéristique apparente, qui se perçoit donc au niveau du phénomène, sert bien sûr en pratique à reconnaître et à distinguer dans le concret les droits réels des autres droits patrimoniaux qui eux apparaissent comme inopposables aux tiers. De plus, cette règle sert à la didactique du droit comme *élément de description* du droit réel, les caractéristiques apparentes servant dans l'ordre naturel des choses à décrire les phénomènes; mais cette règle sert aux législateurs et aux chercheurs alors même que, de plus, la notion d'opposabilité aux tiers n'est pas susceptible de recevoir elle-même une définition cohérente : chacun le sait également.

De prime abord, et d'une façon tout à fait intuitive que l'on essaye rarement de dépasser, l'*opposabilité* d'un droit semble s'entendre de la possibilité de ce droit d'avoir un effet. Quant au terme de *tiers*, il fait référence au droit des contrats : un contrat lie deux personnes et le *tiers* est la troisième personne extérieure au contrat. L'opposabilité aux tiers d'un droit serait donc la possibilité de son titulaire de le faire valoir (aussi) contre toutes les personnes autres que celle de qui il le tient.

On voit d'emblée que l'image est incohérente parce que se composant d'éléments contradictoires, la notion de tiers ne peut appartenir qu'au droit des contrats, puisque faisant allusion à l'existence de deux parties, alors que le droit réel lui, au contraire, ne peut se définir par l'existence de parties; et c'est justement ce que, paradoxalement, la formule de l'*opposabilité aux tiers* voudrait exprimer. Nous aurons l'occasion d'étudier les multiples variations de cette notion.

Tous les juristes savent, avons-nous dit, que cette règle qui fait de l'opposabilité aux tiers une caractéristique du droit réel peut être prise en défaut. La grande majorité d'entre-eux la conservent néanmoins, se contentant de relever ses exceptions observables, tel, par exemple, l'ouvrage de MM. Marty et Raynaud qui règle la question par cette seule phrase :

"... l'opposabilité absolue du droit réel n'est pas sans exceptions. Dans certains cas par exemple elle est subordonnée à une publicité. Le droit réel peut aussi être mis en échec par la maxime : *Error communis facit ius*" ¹⁾

1) Marty et Raynaud Droit civil, p. 484 n. 305.

Il est bien difficile en réalité de se passer de cette règle à moins de chercher à se lancer dans une de ces théories, dont nous aurons l'occasion de parler, et cherchant à révolutionner la science juridique : aucune d'entre elles n'a jamais jusqu'à ce jour résisté à l'épreuve du temps. Cette difficulté tient à un impératif, tant pratique que théorique, fondamental en droit : la classification des droits patrimoniaux, particulièrement la distinction entre créance civile ou droit personnel et droit réel.

Il est très peu satisfaisant pour l'esprit d'être ainsi contraint d'admettre la vérité d'une règle scientifique qui paraît en réalité d'emblée extrêmement incertaine, et la préoccupation naturelle du chercheur sera de tenter d'abord de la vérifier.

Par quel moyen cette vérification est-elle possible ? En quoi peut-elle consister ? Toute science, humaine ou exacte, consiste à établir ou à vérifier, c'est-à-dire à connaître et à conceptualiser des règles. S'interroger sur ce qui permet cette connaissance et cette conceptualisation, c'est faire de l'épistémologie.

Les praticiens de certaines sciences, particulièrement des sciences dites exactes, ont de tout temps été préoccupés par leur épistémologie, c'est-à-dire par les sources de leur connaissance : les juristes ne se sont intéressés que très peu à ce problème, masqué qu'il était par celui des sources du droit, c'est-à-dire des sources de la règle de droit et non de la connaissance scientifique de cette règle.

Tout cela tient à un méchant jeu de mots. La chimie étudie la structure de la matière : tel est son objet ; le mot *règle*, en chimie, définit la conceptualisation de phénomènes observés. Le droit étudie les *règles* régissant, dans un groupe social donné, les rapports des individus entre eux et de chacun d'eux avec le groupe social ou, plus particulièrement celles de ces règles dont la sanction est assurée par le groupe social. Ce sont donc des règles qui sont l'*objet* de la science juridique. (Exemple : la majorité est fixée à 18 ans en France et à 20 ans en Suisse). Mais le mot *règle* signifie aussi en droit, comme dans les autres sciences, la conceptualisation de phénomènes observés : la règle qui nous intéresse ici : "l'opposabilité aux tiers est caractéristique du droit réel" est de ce second type. Ce n'est bien sûr pas une règle de droit, dans le sens d'un ordre donné à l'individu dans la société envisagée, mais une règle scientifique. (Cette distinction étant maintenant clairement posée, il n'en reste pas moins que nous serons amené à employer nous-même tout au cours de notre étude le mot *règle* indistinctement dans chacun des deux sens, mais il sera désormais facile d'en dissiper l'ambiguïté).

Ainsi l'objet de la présente étude sera double : vérifier la règle "l'opposabilité aux tiers est caractéristique du droit réel" et préalablement, (dans la première partie : *position théorique*) avoir établi une méthode propre à cette fin. La pratique du droit n'en offre guère à vrai dire de satisfaisantes à ce jour et cela explique sans doute en partie l'absence presque totale de tentative de ce genre.

B — Possibilités et méthode de vérification

1. Logique classique et logique popperienne

La connaissance scientifique est toujours la conceptualisation, c'est-à-dire la traduction en langage humain, d'un phénomène observé. Le chemin épistémologique, qui va de l'observation à la connaissance, est celui de la logique.

Pour les logiciens classiques, le cheminement de la logique scientifique passe nécessairement par quatre étapes : l'*observation* du phénomène, sa *définition*, son *induction*, c'est-à-dire la conclusion en vertu de laquelle un phénomène observé et défini à répétées reprises doit être tenu pour général et, enfin, la *déduction*, en vertu de laquelle la règle établie comme générale par induction doit s'appliquer à chaque cas particulier analogue et encore non observé.

Ce schéma logique a traversé les siècles : il est celui de la logique d'Arnault, dite de Port-Royal, mais aussi de Descartes et des logiciens anglais du XIX^{ème} siècle, tel Alexander Bain ²⁾.

Il est bien évident que rien ne dérange plus les logiciens classiques que l'observation d'exceptions à la règle qu'ils ont induite, car de telles observations coupent le chemin de l'induction et dès lors détruisent la règle.

Si nous appliquons ce schéma classique à notre objet juridique actuel, nous constatons ceci : les juristes se penchent sur les normes du droit, observent à répétées reprises que les droits réels particuliers qu'ils ont examinés sont opposables aux tiers, alors que les autres droits patrimoniaux particuliers qu'ils ont observés ne le sont pas. Ils définissent ces droits réels comme opposables aux tiers, et ces autres droits patrimoniaux comme non opposables aux tiers. Ils en induisent la règle selon laquelle les droits réels en général sont opposables aux tiers, contrairement aux autres droits patrimoniaux qui ne le sont pas. Par la suite, dans chaque cas particulier, ils déduisent de la règle établie que le droit réel qu'ils rencontrent est opposable aux tiers et que l'autre droit patrimonial ne l'est pas.

Or, nous savons qu'au niveau de l'observation déjà de multiples expériences contraires peuvent être faites : la règle devrait donc être déclarée fausse en l'absence d'une possibilité sérieuse d'induction. Selon ce schéma, notre étude serait sans objet. Elle consisterait à montrer que l'opposabilité aux tiers n'est pas une caractéristique du droit réel parce que cette ancienne règle ne résiste pas à toutes les expériences, ce que chacun sait.

Nous devrions admettre cependant que la grande majorité des cas observés sont conformes à la "règle" et qu'il est extrêmement commode de la maintenir.

Cette situation d'abstention est pourtant très inconfortable. Comment l'esprit rationnel peut-il se satisfaire de l'existence d'une règle scientifique déclarée fausse selon les méthodes de la logique, qu'intuitivement il ressent comme "relativement juste" et qu'il est forcé d'admettre pour des raisons pratiques, c'est-à-dire à cause de ses conséquences ? Admettre cela c'est renoncer à savoir, c'est-à-dire adopter une attitude anti-scientifique.

La rencontre d'un problème de ce genre n'a pas pourtant été réservée aux seuls juristes et nombre de praticiens d'autres sciences s'y sont heurtés. Ainsi, c'est le schéma logique classique lui-même qui semble devoir être remis en cause. La science moderne devra sans doute à l'épistémologue anglais Karl Popper de s'y être attaqué et d'avoir ainsi libéré les scientifiques de nombre de situations d'impasses ³⁾, bien que sa doctrine reste aujourd'hui encore violemment combattue par les logiciens classiques et nombre de scientifiques. C'est la réflexion de Popper sur la logique qui orientera ici notre démarche.

2) Bain, La logique déductive et inductive, p. 52-59.

3) Popper, La logique de la découverte scientifique.

La logique popperienne, dans sa complexité, présente l'avantage de pouvoir se résumer en peu de pages quant à ses *a priori* et à ses objectifs.

Le point de départ en est la contestation du caractère logique de l'induction :

"il est loin d'être évident, d'un point de vue logique, que nous soyons justifiés d'inférer des énoncés universels à partir d'énoncés singuliers aussi nombreux soient-ils; toute conclusion tirée de cette manière peut toujours, en effet, se trouver fausse : peu importe le grand nombre de cygnes blancs que nous puissions avoir observé, il ne justifie pas la conclusion que *tous* les cygnes sont blancs." 4)

L'induction dont les classiques faisaient la troisième opération du raisonnement logique n'est donc pas logique. Elle est pourtant naturelle à l'esprit humain. Elle est un *a priori* au sens kantien du terme, ce qui permettait à Kant justement de la justifier au même titre que le sens logique qu'elle semble contredire, et qui est aussi un *a priori*. Popper ne nie bien sûr pas l'existence de cette propension naturelle de l'esprit humain à l'induction, qui est à la base de l'énoncé de la règle scientifique, mais cela s'analyse au niveau de la psychologie et n'a rien à voir avec la logique.

"La question de savoir comment une idée nouvelle peut naître dans l'esprit d'un homme, qu'il s'agisse d'un thème musical, d'un conflit dramatique ou d'une théorie scientifique peut être d'un grand intérêt pour la psychologie empirique mais elle ne relève pas de l'analyse logique et de la connaissance scientifique." 5)

Tel est le premier point fondamental de la pensée popperienne : scinder totalement le psychologisme, qui, dans la chronologie de la découverte scientifique, va jusqu'à l'énoncé de la règle et qui ne peut être appréhendé par la logique, et la phase scientifique, de logique purement déductive, le psychologisme étant bien sûr éliminé de la réflexion scientifique.

Ainsi, la démarche scientifique, qui doit aboutir à la connaissance, suppose comme condition *préalable* l'énoncé d'une règle que rien ne garantit en logique. A ce niveau, les classiques peuvent reprocher à Popper de fonder la science sur quelque chose de purement spéculatif et métaphysique. Popper l'admet :

"... la découverte scientifique est impossible si l'on ne possède une foi en des idées purement spéculatives et parfois tout à fait imprécises, une foi que rien ne garantit d'un point de vue scientifique et qui est, dans cette mesure, métaphysique." 6)

Mais pour passer de cette spéculation à la connaissance scientifique, encore faut-il que le chercheur possède ce que Popper appelle un *critère de démarcation* : c'est là le second pas de sa démarche, qui consiste à créer une épistémologie fondée sur une logique purement déductive.

Le chercheur va soumettre sa règle initiale à l'expérience, c'est-à-dire à de multiples tests, en sachant d'emblée qu'il ne pourra jamais avoir la *preuve de sa vérité* (ce qui serait une induction au second degré). Il pourra seulement calculer son taux de *falsifiabilité* pour les tests particuliers qu'il aura réalisés.

Encore le choix des tests lui-même ne sera-t-il pas logique, mais procédera-t-il de l'*a priori* psychologique.

4) Popper, op. cit. p. 23.

5) op. cit. p. 27.

6) op. cit. p. 35.

“Les tests expérimentaux, prudent et rigoureux, auxquels nous soumettons nos idées sont eux-mêmes inspirés par des idées : l'expérience est une action concertée dont chaque étape est guidée par la théorie.” 7)

Le but de ces tests sera d'obtenir des réponses négatives à la règle initiale, la règle se renforçant *a contrario* par les réponses positives.

Si le taux de falsifiabilité est inadmissible, le chercheur déclarera la règle fausse (ce qui n'est pas une induction, car cette déclaration de fausseté se basera sur les seules expériences faites et sans préjuger de celles qui n'ont pas été faites, étant entendu que si “toutes” les autres étaient positives, elles ne parviendraient pas à compenser celles que l'expérience a montrées négatives).

Il ne sera, par contre, jamais possible au chercheur de déclarer la règle vraie ; il pourra simplement s'approcher de la découverte de cette confirmation, jamais définitive et toujours vulnérable ; il pourra s'approcher de ce que Popper appelle, citant Weyl, l'inaudible *oui* 8), réponse à la question posée à la nature.

Dans la logique popperienne, l'exception relevée à la règle énoncée ne la détruit pas, comme dans la logique classique inductive, car l'expérience négative en soi ne fait rien préjuger des autres cas non expérimentés.

A certains égards, on peut dire au contraire que l'expérience négative la sert. En effet, l'énoncé même de la règle n'ayant aucune origine scientifique pour Popper, et le critère de *démarcation* entre ce qui est scientifique et ce qui ne l'est pas étant l'accumulation des tests propres à pouvoir éventuellement réfuter la règle, il est évident qu'une règle non testable ne saurait être scientifique.

“... je refuse d'accepter l'idée selon laquelle il y aurait des énoncés scientifiques que nous devons accepter comme vrais, avec résignation, simplement parce qu'il ne semble pas possible, pour des raisons logiques, de les soumettre à des tests.” 9)

Dès lors, la question se pose de déterminer ce qui permet d'affirmer que la règle peut être soumise à des tests pertinents : la preuve la plus évidente en est justement qu'il s'en soit trouvé de négatifs, que la règle ait un certain degré de falsifiabilité. Une règle qui a pu être falsifiée est pour le moins scientifique, car la preuve est ainsi faite qu'elle a pu être soumise à des tests pertinents.

Le chercheur, qui a testé sa règle, qui n'est pas parvenu à la déclarer fausse et qui lui a reconnu un certain degré de falsifiabilité, va devoir conclure. Il est évident qu'il ne pourra pas maintenir sans autre sa règle et sera obligé de tenir compte de ce degré de falsifiabilité pour en modifier quelque peu l'expression.

La solution ne sera que provisoire, car, et cela tient à la nature de toute règle scientifique, en perpétuelle évolution, un autre chercheur pourra la soumettre à de nouveaux tests, originaires de sa propre psychologie, et en modifier encore l'expression.

A ce niveau se situe la troisième partie de la démarche popperienne, la plus complexe, celle qui traite de l'établissement et de l'interprétation du degré de falsifiabilité. Popper montre par exemple que le test le plus important est le premier, et que leur importance va décroissant car “une fois qu'une théorie est bien corroborée, des cas supplémentaires n'élèvent que très peu son degré de corroboration”. 10)

7) op. cit. p. 286.

8) op. cit. p. 286.

9) op. cit. p. 45.

10) op. cit. p. 275.

C'est là une application des principes du calcul de probabilité. (Corroborer ne signifie pas prouver !)

“... pourtant cette règle s'applique mal lorsque ces nouveaux cas sont très différents des premiers, c'est-à-dire lorsqu'ils corroborent la théorie dans un nouveau champ d'application” 11)

Il convient de tenir compte aussi que tout naturellement le taux de falsifiabilité d'une règle augmente en proportion de la précision de cette règle (la pythie de Delphes était assez imprécise dans ses prédictions pour ne se tromper que rarement) 12).

Nous laisserons là l'analyse de cette troisième partie de la démarche popperienne qui ne nous intéressera qu'à la fin de notre propre étude.

2. Objectifs de la présente étude

a — définition générale :

On aura sans doute compris au cours du bref exposé précédent sur la logique de Popper quel usage nous entendons faire de son système pour étudier le problème de science juridique dont nous avons constaté préalablement qu'il se trouvait, selon la logique classique, dans une impasse, apparemment définitive.

Popper, lorsqu'il parle de découverte scientifique envisage essentiellement les sciences dites exactes (terme extrêmement paradoxal dans le système popperien) et non les sciences humaines ou sociales comme le droit : rien ne nous empêche, à vrai dire, d'utiliser sa réflexion dans une science humaine, particulièrement dans le droit, dont les fondements scientifiques sont très solidement établis : nous pourrions le faire pratiquement sans aménagements de la démarche popperienne.

En l'espèce, nous nous trouvons en face d'une règle (c'est l'expérience ultérieure qui nous permettra ou non de la qualifier de *scientifique*) qui peut simplement s'énoncer ainsi.

L'opposabilité aux tiers est une caractéristique du droit réel.

Cette règle, les juristes l'ont induite de leur expérience, c'est-à-dire au niveau du psychologisme.

Notre démarche logique consistera à la soumettre à des tests selon la méthode proposée par Popper, à en établir le taux de falsifiabilité et à l'exprimer par la suite, si elle s'avère scientifique, d'une façon nouvelle ou, à la limite, à la déclarer fausse.

b — remarques complémentaires :

Contrairement à l'hypothèse générale envisagée par Popper (mais qui n'est pas nécessairement la seule) nous ne nous attacherons pas ainsi à l'étude de la falsifiabilité d'une règle émise par nous-même, mais à celle d'une règle émise antérieurement dans les milieux scientifiques. Il est évident que cette différence est sans la moindre importance puisque justement la première phase qui va jusqu'à l'énoncé de la règle est du domaine psychologique et n'intéresse nullement la science.

11) op. cit. p. 276.

12) op. cit. 274.

La seconde remarque complémentaire que nous aimerions ajouter fera référence à un principe tout à fait élémentaire propre à la théorie générale du droit : elle portera sur l'ambiguïté du mot *droit* lui-même. Outre qu'il désigne la science juridique, il désigne également deux autres choses qu'il nous importe ici de distinguer dans le cadre de notre recherche épistémologique.

Le droit, dans le sens *objectif*, est d'abord l'ensemble des règles de l'ordre juridique, partant la *règle* elle-même. S'interroger sur l'épistémologie du droit, c'est s'interroger sur les sources de la connaissance d'une ou de plusieurs règles. Mais le mot droit, dans le sens *subjectif* cette fois, c'est aussi une compétence donnée à une personne par le droit objectif. (C'est ce sens subjectif qu'à le mot *droit* réel dans l'énoncé de la règle qui nous intéresse ici.)

Les deux aspects objectif et subjectif du droit étant toujours liés, il est bien entendu que l'épistémologie que nous pratiquerons se traduira aussi par une réflexion sur ce qui porte à notre connaissance l'existence de *droits* subjectifs corollaires du *droit* objectif qui les fonde.

c – Plan :

C'est le contenu même du système logique adopté qui va dicter le plan de notre étude.

Nous allons être amené, pour continuer et achever sa première partie, consacrée à la détermination de sa position théorique, à passer par une étape de définition à laquelle nous consacrerons trois chapitres distincts.

Le système logique que nous avons adopté exclut l'induction, mais il doit cependant maintenir, à un autre niveau, l'étape de la définition : celle-ci ne se situe pas au moment de l'observation du phénomène, puisqu'il n'y a pas de démarche scientifique jusqu'à l'énoncé de la règle, mais la définition doit intervenir à la suite de l'énoncé : on ne peut éprouver une règle sans en connaître la signification. Cette étape pourrait être qualifiée de post-psychologique ou de pré-scientifique.

Reprenant le schéma d'une logique cette fois assez classique, ces trois chapitres se présenteront ainsi :

Le premier sera consacré à définir la place de la règle, et partant de notre démarche, dans la science du droit.

Le second traitera de la définition des divers éléments de la règle à tester.

Le troisième, à but négatif, sera consacré à limiter cette définition et à en exclure certains phénomènes.

Cette première partie théorique de notre étude achevée, la seconde, la plus importante, sera constituée de l'exposé des tests à laquelle la règle sera soumise. Elle s'achèvera par un bilan purement positif des tests, c'est-à-dire un simple relevé des cas de falsification et de non falsification. La troisième partie sera consacrée au calcul du taux de falsifiabilité de la règle, selon la technique proposée par Popper pour "corroborer" une théorie en vue du renouvellement de son expression, ce travail n'ayant bien sûr de sens que dans la mesure où la règle aura été déclarée scientifique et n'aura pas été exclue comme fausse.

3. Appendice No 1: réflexions complémentaires au sujet de l'oeuvre de Popper

Ce n'est qu'implicitement au cours des pages précédentes que sont apparus les motifs qui nous ont fait nous rallier à la logique popperienne encore inconnue

des juristes: elle nous semblait être la seule à même de nous permettre de réaliser l'expérience souhaitée qui apparaît désormais naturelle. Dès lors, c'est bien le système logique classique qui l'empêchait, qui nous semble devoir être mis en cause.

On nous objectera sans doute que notre motif est peu logique et que nous nous contentons de commodités. Nous pourrions surenchéir en ajoutant qu'à ce niveau-là la logique n'a rien à faire et que nos motifs psychologiques n'intéressent pas la science. . . Les règles de logique énoncées par Popper n'ont pas elles-mêmes une origine logique, serions-nous tenté d'ajouter par goût du cercle vicieux, si tant est que la logique elle-même soit une science.

Nous utiliserons ainsi pour une science humaine la réflexion logique et épistémologique conçue par Popper à l'usage des sciences exactes. Nous sommes parfaitement conscient cependant du fait que Popper est également l'auteur d'une oeuvre importante de réflexion sur les sciences humaines, particulièrement sur l'histoire ¹³⁾; cette oeuvre est surtout connue il est vrai dans les pays anglosaxons; cette réflexion de science humaine n'a pas à proprement parler un caractère épistémologique. Notre abstention à l'égard de cet aspect de l'oeuvre popperienne n'est ni une légèreté ni une volonté délibérée de scinder une oeuvre qui peut être interprétée comme un tout: nous ne saurions simplement égarer notre réflexion sur un aspect de l'oeuvre de Popper qui n'a que très peu de rapports avec le sujet extrêmement précis de notre travail.

Notre recours pour une science humaine à la partie de science exacte d'une oeuvre à l'exclusion justement de sa partie de science humaine ne constitue pas la recherche du paradoxe et l'exposé de nos objectifs de caractère épistémologique est suffisant à le montrer.

Un dernier point reste à aborder dans le présent chapitre. Puisque nous écrivons en langue française, et partant surtout à l'usage d'un public français, qui connaît peu l'oeuvre de science humaine de Popper mais beaucoup mieux son épistémologie par sa "Logique de la découverte scientifique" et qui a pris l'habitude, avec certains auteurs comme Jacques Monod, d'en faire une lecture et un usage tout à fait particulier, nous aimerions nous situer ici par rapport à cette manière dont le public français lit Popper: nous tenons à affirmer que l'usage préaialement et clairement défini que nous entendons faire de Popper n'implique en rien un ralliement à cet usage, idéologique et d'ailleurs extrêmement marginal, qui en est fait par l'application de cet épistémologie à certaines sciences humaines justement, avec plus ou moins de fidélité au maître. Nous pensons surtout à cette polémique que la pensée de Popper permet d'entretenir autour de la psychanalyse au travers de "l'Ecole popperienne française".

Popper est censé avoir réfuté, par sa méthode épistémologique, la psychanalyse comme non scientifique. Comment cela? Parce que, dit l'Ecole popperienne, la psychanalyse est formée d'affirmations qu'il est impossible de soumettre à des tests: elle est irréfutable par nature ¹⁴⁾.

Formé autant à la psychanalyse qu'au droit, nous nous permettrons de remarquer ici que rien n'est plus absurde que cette affirmation. Peu habitué aux sciences humaines, Popper ou ses disciples se trouvent, avec la psychanalyse, en face d'un certain nombre d'énoncés de règles qu'ils déclarent invérifiables faute de comprendre les méthodes propres à les vérifier.

13) Popper, *Misère de l'historicisme* (notamment).

14) Monod, préface à Popper p. 3.

Rien en réalité n'est plus propre à être soumis à des tests que les énoncés freudiens. Pour rester au niveau le plus élémentaire, relevons que la théorie même de l'existence de l'inconscient (en réalité antérieure à Freud ¹⁵) ce que semble ignorer l'Ecole popperienne), est susceptible d'être soumise à de multiples expériences, telles celles liées à l'hypnose (hypermnésie, suggestion post-hypnotique, etc.).

Tout au cours de sa carrière, Freud n'a cessé de revoir ses théories qu'il avait affirmées initialement d'une façon assez entière il est vrai (mais Popper serait particulièrement mal placé pour le lui reprocher si l'on suit le cheminement de sa logique). Et si Freud remettait ainsi en cause ses théories, c'est justement à la suite des multiples expériences de falsification auxquelles elles étaient soumises. Un livre récent de l'historien Saül Friedländer a fort bien répondu à Popper sur ce point ¹⁶), mais là aussi Friedländer est de langue française et s'est laissé entraîner par l'image française de Popper.

Dans le cadre de cette même erreur, peut-être l'Ecole popperienne considérerait-elle toutes les règles énoncées par la science juridique, telle celle qui est ici notre objet, comme non scientifiques : elles ne sont pas en effet "testables" par la matérialité d'un microscope et, comme celle de la psychanalyse et de la plupart des sciences humaines, leur application reste abstraite. Il s'agit alors d'un jeu sur le mot science. Nous allons revenir sur ce point avec notre second appendice.

Une autre explication de ce malentendu est également visageable. Il peut tenir à une ambiguïté de définition du mot *épistémologie* lorsqu'il est appliqué à la psychologie. Bien qu'extérieure à notre sujet, la question nous semble devoir encore retenir notre attention parce que posant un problème général de définition.

L'Ecole de Popper semble reprocher à la psychanalyse de ne pas avoir d'épistémologie, c'est-à-dire d'affirmer sans s'interroger sur les sources de sa connaissance. Il nous semble évident que cela est grossièrement faux, mais il faut se rappeler que pour certaines écoles de psychologie, telle celle de M. Piaget ¹⁷), épistémologie signifie, par extension de terme non pas seulement réflexion sur les *sources* de la connaissance à propos de n'importe quelle science, mais aussi et surtout réflexion en psychologie sur l'*instrument* humain de la connaissance en soi.

L'épistémologie est alors une science en elle-même, ou la branche d'une science, dont l'objet est la structure cognitive, l'intelligence.

(Il est vrai que tout l'art de M. Piaget est justement de parvenir à démontrer que les deux notions vont de paire, l'instrument étant aussi source de connaissance.)

En ce second sens il est vrai que la psychanalyse ne se préoccupe que très peu "d'épistémologie", mais cela ne change rien à son caractère scientifique selon les critères de la logique popperienne.

Il y a ainsi en psychologie une ambiguïté du mot épistémologie, correspondant à une ambiguïté du mot *connaissance*, lequel définit soit l'*objet* de la science (sens de M. Piaget), soit ses causes logiques (sens général) comme pour

15) Mueller, la Psychologie contemporaine, p. 30. Histoire de la psychologie, p. 364.

16) Friedländer, Histoire et psychanalyse, particulièrement p. 32.

17) Piaget, (notamment). L'Epistémologie génétique : introduction p. 3 à 9.

toute autre science. Peut-être Popper n'a-t-il pas fait cette distinction. (A noter que cette ambiguïté propre à la psychologie et assez voisine de celle qui touche le mot *règle* en science juridique, peu remarquée par les juristes, et que nous avons déjà étudiée.)

Cette dernière incursion dans un domaine étranger à notre présent objet aura pour le moins permis de préciser un peu plus encore ce que nous entendons par épistémologie. Il s'agit bien évidemment d'une réflexion sur les sources de la connaissance et non sur ses instruments.

4. Appendice No 2: affirmation préalable du caractère scientifique de la réflexion juridique

De même que la psychanalyse est qualifiée de non scientifique par Popper et ses élèves faute, nous le pensons, d'être réductible à toutes les méthodes des sciences naturelles, (nous venons de nous expliquer sur ce point) sans doute s'étonnera-t-on que nous osions envisager à notre époque d'appliquer au droit les méthodes des sciences exactes et cela simplement parce qu'une certaine mode intellectuelle de notre XXème siècle a rejeté progressivement et implicitement le droit hors du domaine des sciences à mesure que venaient au jour les nouvelles sciences humaines et sociales.

Il faut, pour que l'on puisse parler de science, que ses spécialistes se trouvent en face d'un *phénomène* (de la nature) observable et conceptualisable : c'est là un point sur lequel chacun peut être d'accord. Or, dira-t-on, le droit n'observe aucun phénomène naturel : il est la lecture de normes qui sont issues de la volonté humaine. Il est à remarquer que cette objection vient surtout de *non juristes* généralement formés à la sociologie, à la science politique etc., à des jeunes sciences qui combattaient encore il y a peu de temps pour conquérir leur propre statut scientifique et qui combattent aujourd'hui pour le maintenir.

La voix de ces non juristes refusant le caractère scientifique au droit, que les siècles semblent pourtant avoir établi, est d'autant plus écoutée qu'à notre époque de droit écrit une conception populaire du droit (au sens de système juridique) en fait la *liste écrite* des choses obligatoires ou interdites par l'autorité ainsi que des "normes claires" telle l'âge de la majorité ou l'âge de la retraite votés par les parlements. Si le droit était vraiment cela, il est bien entendu que la discipline qui l'étudie ne pourrait guère être qualifiée de science, et nous ne prétendons nullement le contraire. Mais nous prétendons que le fait que toute société humaine secrète *nécessairement* un complexe de règles pour ses relations internes, que par exemple le contrat ou le droit réel soit le lot de toutes les sociétés connues, est un *phénomène scientifiquement observable* et qui peut être étudié par le menu et selon des méthodes de caractère scientifique.

Ce *phénomène* juridique est-il un phénomène de la nature ? Y a-t-il d'autres phénomènes scientifiquement étudiables que ceux de la nature ?

Résoudre ces questions ce serait résoudre l'infini et paradoxal problème de *la nature de la nature*. Nous ne saurions nous y attaquer. Nous pouvons seulement répondre que si seul est un phénomène de la nature ce qui est observable au niveau physique, ou que seuls ces phénomènes sont scientifiquement analysables alors il n'existe pas de sciences humaines. (C'est le jeu sur le mot science que nous reprochions plus haut à l'Ecole de Popper.)

Le monde intellectuel d'aujourd'hui n'oserait jamais affirmer le caractère non scientifique de la sociologie. Or qu'observe la sociologie ? Le *phénomène* général des relations sociales, des lignes de forces et des principes qui s'en dégagent. Comment pourrait-on qualifier cette activité de scientifique si l'on refusait la même qualification à celle qui consiste à observer et étudier le phénomène de l'apparition nécessaire de règles dans toute société humaine, si ce n'est par tel *a priori* politique ou de mode intellectuelle?

Si le droit n'est pas une science, notre travail n'a aucun sens, et finalement la recherche juridique, à laquelle des milliers de chercheurs se consacrent dans le monde n'en a aucun non plus; ce n'est pas une consolation pour nous d'ajouter que l'ensemble du travail des autres sciences humaines est alors dérisoire (alors que le droit s'il n'est pas une science peut au moins quant à lui rester un "instrument social pratique").

CHAPITRE II

POSITION DE LA DEMARCHE DANS LA SCIENCE JURIDIQUE

A – Vers une théorie des niveaux de la règle de droit

1. Exposé général :

Quittons maintenant complètement, quoique provisoirement, les investigations logique et méthodologique qui guideront notre recherche future et, reprenant l'énoncé de la règle que nous aurons à éprouver, essayons de la situer dans la théorie générale du droit.

Nous sommes ici dans la problématique de l'objet de la science juridique. Selon le schéma déductif le plus banal, nous allons devoir partir de la définition de l'objet du droit puis de celui d'une de ces parties pour en arriver à notre objet particulier.

Les juristes ont généralement renoncé aujourd'hui à définir d'une façon précise l'objet de leur science; sans grands risques, parce que sans grande originalité, nous avons déjà pour notre part, défini plus haut le droit comme la science qui a pour objet l'étude des *règles* régissant, dans un groupe social donné, les rapports des individus entre eux et de chacun d'eux avec le groupe social, ou, plus particulièrement, celles de ces règles dont la sanction est assurée par le groupe social.

Cette définition, toute banale, et qui ne saurait être le sujet de grands débats, met déjà en évidence l'un des problèmes théoriques majeurs de toute la science juridique : quelles sont les causes, les origines de ces règles, leurs *sources matérielles*, pour parler comme François GénY¹⁸⁾ ?

L'histoire de la réflexion juridique contient de multiples réponses que l'on cherche toujours à apparenter les unes aux autres en tenant plus ou moins compte des influences historiques réelles ou supposées, mais elles ne sont bien souvent que les vues d'un individu. Comme l'écrit le Prof. Villey :

"Chacun a tiré de sa philosophie son propre arsenal de principes applicables à la science du droit"¹⁹⁾

L'Ecole du Droit naturel classique d'un Grotius voyait une origine idéale aux règles de droit, des *valeurs* supérieures qui s'imposent à l'homme et qu'il recherche à atteindre. Le positivisme classique, réaction à l'Ecole du Droit naturel, refuse la théorie des valeurs, estimant que la règle de droit a une origine de hasard et, généralement, arbitraire, parce que toujours voulu par un législateur. L'ouvrage monumental de Montesquieu sur *L'Esprit des Lois*, d'ailleurs chronologiquement antérieur de plus d'un siècle à l'Ecole positiviste, porte aussi sur l'origine et les causes des règles de droit, qui sont le mode de gouvernement, le climat, la fertilité des sols, la densité de la population, etc. On parle souvent de la théorie de Montesquieu comme de celle des *causes nécessaires*. Il y a aussi

18) GénY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé et positif.

19) Villey, Histoire de la philosophie du Droit, p. 635.

le *positivisme sociologique* ou *sociologie du droit*, qui n'est en fait qu'un sous-produit de la théorie des causes nécessaires, en cela que, partant du même principe, elle ne reconnaît plus aux règles de droit qu'une seule des causes nécessaires envisagées par Montesquieu, la structure sociale ou sociologique.

Rares sont aujourd'hui les juristes qui adhèrent à l'une de ces Ecoles ou en créent de nouvelles. Cette attitude qui consiste à se refuser à la réflexion théorique sur les fondements tient sans doute moins à un pragmatisme anti-scientifique qu'à une constatation, que tout praticien du droit peut faire, de plus en plus facilement avec les progrès de la science du droit : cette constatation est celle qu'il existe en fait plusieurs niveaux de la règle de droit, correspondants à plusieurs origines. Il y a, si l'on veut, le niveau supérieur de la règle de droit, dont l'origine est purement raisonnable, consciente, voulue par un législateur, arbitraire diraient les positivistes purs : (la majorité est fixée à 18 ans en France et à 20 ans en Suisse. La vente de l'objet loué ne rompt pas le bail en droit allemand).

Il y a ensuite ce que l'on pourrait appeler le "niveau moyen" de la règle de droit, celui des causes nécessaires, dont les causes sociologiques, qui sont à l'origine de la loi ou de la coutume, et qui échappe à la volonté arbitraire du législateur. Il y a enfin le niveau le plus profond de la règle de droit, et qui échappe totalement et à la volonté d'un quelconque législateur et à toute cause matérielle ou sociale particulière : telle est par exemple la règle créant l'institution même du contrat. A ce niveau, l'origine de la règle de droit n'est que paradoxe comme le note M. François Gilliard :

"Si nul n'avait jamais désiré échanger une chose contre un prix, les codes ne contiendraient pas de dispositions sur la vente. Les juristes en sont si intimement persuadés qu'ils relèvent souvent comment ou quand un concept a été 'élaboré'. Le caractère constituant de la réflexion juridique est ainsi clairement mis en évidence."

D'où le paradoxe de la relativité du droit :

"... parce qu'elle considère des relations entre des personnes, voire entre des personnes et des choses, la pensée juridique est 'relative' en ce sens qu'elle présuppose l'existence effective de personnes et de choses, et la possibilité physique de certains comportements. Même le droit objectif, même les normes les plus abstraites, à forme hypothétique, qui n'impliquent aucun jugement d'existence, se réfèrent à une réalité déterminée, celle du monde où nous vivons." 20)

On a longtemps épilogué sur le sujet de la nature théorique du premier contrat de l'histoire : comment a-t-il pu exister puisqu'il ne pouvait être réglementé que par un droit faisant référence à une chose n'ayant encore jamais existé. Le droit présuppose les relations qu'il régit ?

On peut trouver une réponse à cette question dans la philosophie de Kant.

Ce qui préexiste au premier contrat, au premier droit réel, ce n'est pas un impossible contrat antérieur, un impossible droit réel antérieur, ce sont les structures de la raison humaine qui contiennent a priori le concept de ces situations : les structures du monde ne sont que celles d'un monde perçu par la raison humaine et que la raison humaine a modelé à son image. 21)

20) Gilliard, *La relativité des concepts juridiques*, p. 44 et p. 38.

21) Kant, (cf.) *Critique de la raison pure* et *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*.

C'est à ce niveau, que l'on pourrait appeler *immanent*, de la règle de droit, souvent assez complexe, que se sont situés pour l'essentiel les préoccupations des juristes romains. Ils nous ont laissé ce qui fait encore l'essentiel de notre système de droit ; pourtant, aucune société ne pourrait être plus différente de la nôtre que la leur, qui connaissait l'esclavage, l'absence de technicité et la nature essentiellement agricole du moins jusqu'au Bas-Empire ; c'est dire l'absence d'élément sociologique à ce niveau de la règle de droit.

Pour appliquer cette théorie des niveaux de la règle dans les systèmes de droit écrit auquel nous limiterons notre investigation, nous pourrions conclure que la *loi* a trois fonctions correspondant à chacun des trois niveaux. Au niveau supérieur, elle *crée* la règle, au niveau moyen elle la traduit, c'est-à-dire, la transfère de ses données sociales aux données juridiques, et au niveau inférieur, elle la constate.

Encore conviendra-t-il toujours de se souvenir que le schéma des trois niveaux de la règle de droit n'est qu'une simplification pratique destinée à décrire une réalité infiniment complexe où les frontières sont incertaines et les interférences permanentes.

2. Le niveau profond : niveau épistémologique

Il est bien évident que c'est au niveau le plus profond de la règle de droit qu'appartient celle que nous allons avoir à éprouver.

Précisons encore un peu notre étude de ce niveau que nous avons brièvement défini plus haut. Il est celui des causes absolument nécessaires, celui où l'homme n'est pas libre de créer son droit mais où sa nature le lui impose impérativement, avons-nous dit.

Il est banal de rappeler l'adage selon lequel l'homme est un animal juridique, le seul animal qui connaisse le droit. La formule est de plus en bonne partie fautive. La plupart des animaux sont en effet soumis dans leur propre société à des normes qui ressemblent étrangement à du droit, dans la définition que nous en avons donnée. Mais il est vrai, par contre, que l'homme est le seul animal à vouloir et à créer son droit ; les animaux sont soumis au seul droit imposé par leur nature et ils n'y peuvent rien changer.

L'homme est pourtant, lui aussi, soumis à des contraintes par sa nature. Chaque espèce animale a besoin d'un complexe particulier de règles ; aucune d'elle n'a besoin de l'institution du contrat : l'homme en a un besoin absolu et il n'y peut rien changer par sa volonté. Il y a ainsi dualisme dans les causes du droit humain : volonté de l'homme ou nécessité. C'est ce que Montesquieu avait bien compris en écrivant cette phrase que nous avons mise en exergue de notre étude : "Les êtres particuliers intelligents peuvent avoir des lois qu'ils ont faites : mais ils en ont aussi qu'ils n'ont pas faites".

Le niveau le plus profond de la règle de droit, qui échappe à la volonté de l'homme, nous l'avons appelé *immanent*, par opposition aux autres qui le transcendent dans la perspective hégélienne de la *montée* vers le plus de raison qui se réalise par la volonté libre de l'homme ; nous pourrions le nommer *infra-sociologique* si nous ne craignions pas le pédantisme d'un tel néologisme ; il est plus exact encore de l'appeler épistémologique au risque de créer une ambiguïté de termes. Niveau épistémologique fait référence ici à la réflexion kantienne évo-

quée plus haut, et signifie niveau de ce que sont les *nécessités* internes auxquelles l'homme est soumis *a priori* et qui fondent sa connaissance du monde. Le terme d'épistémologie recouvre donc une réalité toute différente de celle qu'il recouvre dans le précédent chapitre lorsque nous parlons d'épistémologie du droit, où il est en rapport avec l'énoncé de la méthodologie d'une science. Pour éviter toute confusion, nous parlerons d'une part de *niveau épistémologique* et d'autre part d'*épistémologie*.

Cette distinction faite, il faudra pourtant rester conscient du fait que la rencontre de termes ainsi créée n'est pas fortuite. *L'analyse épistémologique* selon la méthode popperienne d'une règle émise par la science juridique est possible surtout pour les règles du *niveau épistémologique*, c'est-à-dire où la volonté de l'homme n'a pas de prise, car, à ce niveau, les règles du droit sont des phénomènes naturels au sens de données objectifs de la nature au même titre que les lois de la physique et de la chimie : on remarquera que cette réflexion nous ramène à notre précédent plaidoyer pour un droit de caractère scientifique *quant à ses principes de base* (Chapitre I, B, 4).

Cette ultime constatation exprimée, qui met en relation plusieurs des éléments qui sont à la base de notre réflexion, peut-être pouvons-nous espérer mettre en lumière une méthode nouvelle utile à l'abord de toute une catégorie de problèmes juridiques. Ce sera là notre principale revendication sur un plan d'intérêt général.

B – Rôle du droit “comparé”

Comme annoncé par le titre de notre recherche, le corps de notre étude (la partie consacrée aux tests) sera constituée en importance à peu près égale d'éléments appartenant à trois droits positifs européens, les droits allemand, français et suisse, qui appartiennent tous d'ailleurs par leur origine historique au même groupe romano-germanique et sont par là-même très fortement apparentés.

Les chercheurs sont habitués en droit à la technique de ce que l'on appelle le *droit comparé*. Elle consiste essentiellement à étudier des institutions analogues appartenant à plusieurs systèmes de droit et, par l'intermédiaire de *jugements de valeurs* portés sur le contenu de ces systèmes, à élaborer pour un pays donné les bases d'un système supérieur à celui qu'il possède. Il apparaîtra à la lecture de notre exposé que tel n'est nullement notre préoccupation, ne serait-ce que parce qu'il ne contiendra pratiquement pas de jugements de valeur sur les règles envisagées. L'exposé qui précède de nos objectifs est presque suffisant par lui-même à en montrer les causes; nous aimerions cependant indiquer expressément le sens que nous donnons au caractère de droit “comparé” de notre expérience.

Nous ne travaillerons pas, en réalité, dans trois droits pris isolément, chacun pour lui-même, mais dans ce que l'on doit bien considérer comme un seul droit composé d'éléments appartenant à trois droits positifs. On pourra nous reprocher bien sûr de travailler dans une sorte de droit scientifiquement idéal (critique inspirée des jugements de valeur de la méthode du droit comparé) synthèse des trois droits positifs envisagés mais n'ayant aucune consistance concrète. On pourrait même nous soupçonner de chercher, par complaisance à l'égard des juristes

de chacun des trois pays, de tenter, en tenant la balance égale entre eux, une synthèse des bons éléments de chacun des systèmes. Là n'est bien sûr en aucune façon notre but : nous ne cherchons au travers d'indices empruntés à plusieurs sources, à nous approcher d'une *réalité unique*. Notre motif est évident si l'on se rapporte à ce que nous avons dit de la place où se situe notre investigation ; au niveau épistémologique, le droit n'a pas de nationalité puisqu'il répond aux exigences générales de l'esprit humain, alors même qu'au niveau moyen, il répond aux exigences propres à un milieu social déterminé et au niveau supérieur aux volontés d'un législateur national.

De plus, à quelque niveau que l'on se situe, la règle de droit ne peut être déterminée que par l'accumulation d'indices dont le texte de loi, la jurisprudence, la doctrine, etc. ne sont justement que des indices. (En disant cela nous ne faisons nullement oeuvre de novateur : nous exprimons simplement le postulat implicitement contenu dans toute théorie des sources du droit.)

Lorsque nous nous situons au niveau épistémologique, où le problème des différences de systèmes nationaux est aboli, nous bénéficions par l'usage simultané de plusieurs droits d'un instrument affiné : ce que les erreurs dues aux traditions scientifiques de tel ou tel pays peut masquer au chercheur, est susceptible d'apparaître à l'évidence chez les praticiens d'un autre pays. (Si nous exprimons ainsi de temps à autre des jugements de valeur, ce ne sera jamais sur le contenu des règles de droit mais au plus sur leur lecture par les juristes.)

C – Position de la démarche par rapport aux grands courants de la pensée juridique

1. Naturalisme et positivisme

A tenter de situer sa propre démarche par rapport aux grands courants de la pensée juridique, particulièrement entre le courant naturaliste et le courant positiviste, on finit le plus souvent par se contredire et cela avant tout parce que ces courants qui s'opposent suivent généralement avec d'autres mots et d'autres méthodes en réalité le même cheminement. Il est cependant possible de tenter l'expérience avec prudence si l'on a eu soin préalablement de préciser chaque fois par quel critère de comparaison on se rattache à l'école envisagée. En ce qui concerne l'épistémologie juridique, que nous avons tenté de définir, il est possible d'affirmer ce qui suit.

Si le critère de distinction de la pensée naturaliste et de la pensée positiviste est celui de la finalité ou de l'absence de finalité à l'origine de la règle de droit, il ne fait aucun doute que l'épistémologie juridique, dans le sens où nous la concevons, appartient au courant positiviste. Une réflexion épistémologique, c'est-à-dire portant sur la connaissance des sources matérielles du droit, dans un système idéaliste n'est pas dépourvue de signification en soi mais cette finalité est elle-même suffisante comme source matérielle de toute règle de droit.

De même toute théorie scientifique du droit : la sociologie juridique, la théorie des causes nécessaires etc., est naturellement positiviste en ceci qu'elle analyse la règle de droit comme un phénomène qui n'a pas d'explication à plus longue portée. Pour l'Ecole du Droit naturel, par contre, "l'ultime source des

règles de droit réside dans la moralité” 22) chez Saint-Thomas comme encore chez Grotius. En cela, elle n'est donc pas à notre sens un phénomène objectif comme l'exige le positivisme scientifique.

Mais le critère retenu du Positivisme classique est parfois celui de l'arbitraire qui est issu de la *volonté d'un législateur* et n'est donc pas un phénomène naturel étudiable scientifiquement. En ce sens aucune théorie scientifique du droit n'est vraiment positiviste, et l'épistémologie juridique moins que toute autre, puisqu'elle prend comme source matérielle de la règle de droit au niveau le plus profond, que nous avons appelé épistémologique, un pur phénomène de la *nature*. En cela on retrouvera dans notre exposé de bien fréquentes pages qui évoqueront si ce n'est les idées du Droit naturel classique du moins celle du Jurnaturalisme moderne.

Là aussi tout n'est question que de nuance et Thomas Hobbes lui-même à côté des lois naturelles qui sont de nature morale qui fondent le droit et qui ont par conséquent une finalité intrinsèque, reconnaît le principe naturel de l'existence obligatoire de l'institution du contrat. 23)

Il en est déjà par là à une réflexion très proche de la nôtre. Cela fait écrire à certains auteurs comme Michel Villey que ce théoricien du droit moderne est le fondateur du Positivisme. François Gény, dans ce sens, avec sa théorie des sources matérielles du droit, qui a marqué d'une façon si profonde la science juridique moderne, est un rénovateur du Droit naturel à une époque où cela était pourtant singulièrement passé de mode avec l'esprit scientifique effréné du début du XX^{ème} siècle 24), mais on le voit il n'y a pas contradiction puisque le critère de comparaison est différent.

François Gény persuadé du caractère scientifique du droit a utilisé en droit des méthodes de sciences de la nature et c'est en cela qu'il se rattache au Droit naturel. 25)

On remarquera que nous sommes indirectement revenu ici à notre appendice consacré au caractère scientifique de la réflexion juridique. (Chapitre I, B, 4.)

Il est un troisième critère qui permet de distinguer Naturalisme et Positivisme : celui du *pluralisme* ou du *monisme* dans les sources du droit. Il s'agit en fait surtout d'une conséquence logique de la pratique de ces écoles.

La conséquence du Positivisme est le pluralisme absolu du droit qui change avec la volonté arbitraire des divers législateurs ou avec les nécessités sociales différentes dans chaque société envisagée : ainsi l'Idéaliste qu'est Blaise Pascal (du moins semble-t-il l'être lorsqu'il parle de droit, même si le reste de son oeuvre dément le fait. . .) s'en prend-il comme le comble de l'absurdité à la différence existant entre les droits positifs par sa très célèbre phrase : Plaisante justice qu'une rivière borne. Vérité au-deça des Pyrénées, erreur au-delà. 26)

La *réflexion épistémologique*, procède d'une conception relativement moniste du droit, parce qu'elle tient compte de ce que nous avons appelé le

22) Villey, La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de philosophie du droit, p. 615.

23) Leviatan, p. 129.

24) Villey, François Gény et la renaissance du Droit naturel, p. 39.

25) Villey, François Gény et la renaissance du Droit naturel, pp. 44-45.

26) Pascal, Pensées, fragment 60 dans l'édition Lafuma (fragment 294 dans l'édition Brunschwig).

niveau profond, immanent, épistémologique de la règle de droit, et laisse aux niveaux supérieurs de la règle son caractère pluraliste. Ce monisme est réintroduit sans pour cela qu'il amène en quoi que ce soit, la réintroduction d'une conception idéaliste.

2. Ecole de la logique juridique :

La *réflexion épistémologique*, telle que nous l'avons présentée jusqu'ici, semble tout naturellement, à première vue, s'apparenter à celle des représentants de l'Ecole de la logique juridique qui s'est développée, en Allemagne surtout, depuis la fin de la seconde guerre mondiale.

Parmi les plus illustres représentants de cette Ecole des logiciens du droit, il faut citer notamment MM. Ulrich Klug, Heinz Wagner, Karl Haag, Jürgen Rödig et Rupert Schreiber.

Pour ces auteurs, il s'agit avant tout de partir des arguments juridiques classiques que sont l'analogie, l'*argumentum a contrario*, l'*argumentum a minore ad minus*, *a maiore ad minus*, *a fortiori*, *ad absurdum*, etc..., et d'en constituer une logique autonome propre au droit 27).

Pour les théoriciens modernes du droit que sont MM. Kaufmann et Hassemer, ces logiciens cherchent à créer une théorie qui ne concerne en rien les fondements scientifiques du droit (son épistémologie, dirions-nous une fois encore), mais qui prétend uniquement fonder une logique formelle "menant de la loi au jugement." Ils concluent :

"La loi détermine le jugement; celui-ci peut, chaque fois dans des cas déterminés, être simplement déduit de la loi au moyen d'une conclusion syllogistique." 28)

On voit ainsi d'emblée que la démarche à but prétendument purement technique des logiciens du droit est sans rapports sérieux avec nos préoccupations. Nous aimerions cependant nous exprimer sur une telle expérience qui ne nous laisse nullement indifférent, afin de nous en distancer d'une façon explicite.

Nous dirons tout d'abord que le cheminement de notre réflexion, déjà exposée, nous amène à considérer la démarche des logiciens du droit comme extrêmement contestable dans la mesure justement où elle fait *a priori* une distinction nette entre le scientifique et le purement technique et prétend, de plus, ne concerner que l'aspect technique du droit. Ne concerne-t-elle vraiment que cet aspect technique ?

Même si le *but* recherché est purement technique, construire une logique juridique tout à fait autonome équivaut à affirmer que le droit dans son ensemble a pu secréter un mode de raisonnement, une façon de penser. Un mode de raisonnement attaché à une science peut-il n'être que technique ? La scission entre les deux aspects de la réflexion juridique est arbitraire car finalement que fait-on, même dans la plus banale application du plus banal texte de loi ? On détermine une règle de droit (aspect scientifique ?) et on l'applique par syllogisme (aspect technique ?), mais les deux temps sont en réalité étroitement

27) Klug, *Juristische Logik*, p. 1.

28) Kaufmann, Hassemer, *Grundprobleme der zeigenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, p. 65.

liés et ne peuvent procéder de deux modes différents de raisonnement ; les logiciens semblent de plus supposer étrangement que la règle de droit est dans tous les cas le contenu clair d'un texte de loi.

Nous pensons, en second lieu, que le système des logiciens du droit présente un danger pour l'évolution de la pensée juridique, danger d'ailleurs en bonne partie lié à l'erreur initiale qui fonde ce système et dont nous venons de parler.

Tout naturellement, une logique juridique autonome destinée à l'application des règles de droit (des lois ?) est amenée à guider leur établissement au niveau de ce qu'est l'interprétation de leur texte (l'interprétation d'un texte de loi procède de l'établissement de la règle de droit et non de son application technique !). Ainsi le logicien sera-t-il tenté de voir à la volonté du législateur (niveau supérieur de la règle de droit) des motifs logiques. Ceci est absolument faux : les motifs du législateur procèdent de sa psychologie puisqu'ils déterminent un acte de volonté.

Ce qui a été induit dans la règle de droit par les exigences sociologiques ou nécessaires (niveau moyen) ne peut en aucun cas non plus s'interpréter en termes de logique et ce n'est qu'au niveau le plus profond que la règle de droit peut avoir des causes logiques, la logique étant un *a priori* de la raison humaine. Mais, même à ce niveau, la logique n'est pas seule en cause parce que n'étant pas le seul *a priori*. (Nous reviendrons sur ce point.)

Pour prendre ici deux exemples plus explicites, disons que la nécessité qu'un droit subjectif ait un effet si faible soit-il pour qu'on le puisse considérer comme existant tient de la logique, alors que la nécessité de l'existence du contrat dans toute société humaine ne tient pas de la logique : nous sommes pourtant bien dans les deux cas au niveau épistémologique de la règle de droit.

Fonder l'interprétation, c'est-à-dire l'établissement de toutes les règles de droit, sur un procédé logique, c'est en revenir à l'erreur des premiers normativistes, justement combattus par les sociologues du droit, et donner au système juridique en soi une valeur abstraite. Nous refusons pour notre part de voir dans la logique une source du droit mis à part bien sûr, nous le répétons, pour une partie déterminée de son niveau épistémologique.

On pourrait ici nous objecter un argument classique et déjà fort bien exprimé par Montaigne, qui écrit :

"Les lois prennent leur autorité de la possession et de l'usage : il est dangereux de les ramener à leur naissance : elles grossissent et s'ennoblissent en roulant, comme nos rivières." 29)

En d'autres termes, le contenu des règles exprimées par un législateur se modifie, et surtout se complète et s'amplifie par la pratique, ce qui tend à montrer que la norme s'enrichit de sa propre logique, laquelle devient une source du droit, et cela même pour un contenu du niveau purement volontaire ou induit par les nécessités sociologiques.

On peut, à l'appui de cette remarque, constater encore qu'à l'époque actuelle où nous assistons à de nombreuses révisions des vieux codes du XIX^{ème} siècle, ces modifications aboutissent toujours à une augmentation du nombre des articles de lois traitant d'une même matière, cette augmentation n'étant souvent que la codification de ce que Montaigne appelait le grossissement et l'annoblissement de la loi.

29) Montaigne, Essais, II, 12.

La conclusion que l'on pourrait tirer de cela, allant dans le sens de la démarche des logiciens, et en vertu de laquelle la logique d'un système de droit est créatrice, à tous les niveaux de la règle, est spécieuse. Sa réfutation nous permettra d'apporter ici une précision utile. Lorsque nous parlons des niveaux de la règle de droit, nous n'entendons pas nécessairement causes *chronologiques* dans l'apparition et la genèse de la règle, qui est en évolution perpétuelle, même si elle a comme point d'ancrage un texte de loi qui ne change pas : il y a l'effet de la jurisprudence, de la doctrine, de l'application dans la réalité quotidienne.

La pratique de la loi qui la "grossit et l'ennoblit" participe, dans son aspect créateur, des trois niveaux de la règle, ou du moins des deux niveaux les plus bas. Dans le domaine du droit de la famille par exemple, la jurisprudence des trois pays que nous envisageons a, il y a quelques années, modifié profondément les règles de droit sous des influences d'ordres sociologiques (niveau moyen).

CHAPITRE III

ENONCE DE LA REGLE A EPROUVER

A — Définition du droit réel :

Le droit réel, comme son nom l'indique, se définit comme un droit sur une chose déterminée, alors que les autres droits créés par l'ordre juridique ne sont pas des droits sur des choses déterminées. C'est là un principe incontesté et qui, puisqu'il est une définition, ne saurait avoir d'exception : tout ce qui n'est pas un droit sur une chose déterminée n'est pas un droit réel. (On nous objectera peut-être qu'il existe un certain nombre de droits évidemment réels et qui semblent pourtant ne pas entrer dans cette définition parce qu'ils sont des droits "sur" un autre droit réel : par exemple le droit d'usufruit sur un droit de passage, l'usufruit s'exerçant à titre principal sur le fonds dominant et partant sur les droits réels existant au profit de ce fonds. L'objection ne nous dérange pas, car elle nous semble spécieuse. Nous n'hésitons pas en effet à affirmer que si un droit réel semble s'exercer sur un autre droit réel il s'exerce en réalité sur la chose même car il n'y a pas "imperméabilité" entre des droits réels dépendant l'un de l'autre.) Toute théorie du droit réel sous-entend pour le moins cette définition, même si certains auteurs l'expriment par d'autres mots. Une définition n'a pas de valeur scientifique en soi et ne permet jamais une analyse de la réalité observée. On peut bien dire que le propriétaire a un droit sur la chose, alors que le locataire n'a qu'un droit contre le propriétaire de cette chose ; cela est une constatation d'évidence mais qui ne permet pas dans chaque cas d'espèce de dire s'il existe ou non un droit réel, car la *règle définitoire* est imposée arbitrairement par les juristes (le sujet) et n'est pas la traduction par une *règle scientifique*, d'un phénomène observé (l'objet).

Cette définition du droit réel posée, elle ne nous intéresse plus en soi et nous nous attacherons à l'étude des seules *caractéristiques* du droit réel, c'est-à-dire de ses *qualités observables* par le chercheur, qui par le jeu du raisonnement scientifique lui permettent de qualifier tel ou tel droit de réel.

B — Les diverses caractéristiques du droit réel :

L'objet de notre étude consiste donc à éprouver, selon la logique popperienne, la règle généralement admise dans les milieux scientifiques en vertu de laquelle l'opposabilité aux tiers est caractéristique du droit réel. Cette caractéristique qui ne se retrouve pas dans les autres droits patrimoniaux permettrait de l'en distinguer.

Cette caractéristique serait nécessaire mais n'en excluerait pas d'autres qui pourraient elles aussi être considérées comme nécessaires.

Sans avoir ici l'intention d'établir une théorie du droit réel, nous aimerions décrire rapidement quelques-unes des qualités qui, pour la doctrine contemporaine, sont caractéristiques du droit réel.

Bien que purement descriptive, cette entreprise n'est pas aussi aisée qu'on pourrait le croire. La difficulté, et l'intérêt d'ailleurs, en réside essentiellement dans la démarcation de ces éléments caractéristiques.

Dans quelle mesure tel élément doit-il être tenu pour différent de tel autre qui porte formellement un autre nom ? On s'aperçoit parfois que deux éléments présumés différents ne sont qu'un seul et même phénomène observé simplement sous deux angles différents ou, alors, que deux éléments matériellement différents découlent nécessairement l'un de l'autre.

Prenons un exemple très simple de ce dernier cas emprunté à Jhering (cet auteur sera souvent présent tout au long de notre travail tant il a marqué de son influence toute la pensée juridique moderne). Jhering ne parle jamais d'opposabilité aux tiers mais il est pourtant évident qu'il s'agit pour lui, plus que pour quiconque peut-être, d'un élément majeur caractérisant le droit réel. Son abstention tient à un seul fait : l'opposabilité aux tiers est pour lui la conséquence naturelle, et partant qu'il est inutile de relever, de cette autre caractéristique fondamentale du droit réel, la *maîtrise directe* de la chose sur laquelle s'exerce le droit 30).

La propriété, comme tous les droits réels, n'est rien sans la possession, or la possession, c'est aussi la possibilité de rester maître de sa chose à l'égard de tous, d'opposer sa propriété aux tiers, mais l'expression est alors inutile.

Il est ainsi bien difficile d'établir *a priori*, une liste des qualités caractéristiques sous lesquelles apparaît le droit réel en déterminant leur indépendance les uns par rapport aux autres, comme c'eût été flatteur pour l'esprit cartésien.

Prenons le risque d'un empirisme arbitraire aux buts beaucoup plus modestes et établissons d'autorité, sur la base de nos seules observations, le fait qu'on rencontre le plus souvent dans la doctrine contemporaine quatre éléments tenus pour caractéristiques du droit réel.

Outre l'opposabilité aux tiers, il s'agit de l'*immédiateté* du droit, de son lien avec la *maîtrise directe* sur la chose, et de l'*affectation* de la chose au patrimoine du titulaire du droit réel (en allemand *Zuordnung*). Nous ne pouvons bien sûr *a priori* et dans l'abstrait dire quels liens peuvent éventuellement exister entre eux.

D'autres éléments, à vrai dire, sont aussi habituellement utilisés pour décrire le droit réel, tel son caractère de *spécialité*, le *numerus clausus* des droits de ce type, etc. : il s'agit plus là de principes d'analyse que de caractéristiques fondamentales permettant concrètement de le reconnaître : nous les signalerons simplement au passage sans leur accorder plus d'importance qu'ils n'en ont dans la perspective définie de notre démarche.

Attachons-nous plutôt à l'analyse des quatre éléments caractéristiques retenus.

1. L'immédiateté du droit :

Le droit réel, dit-on généralement, apparaît comme un droit *immédiat* sur une chose. Cela signifie que son titulaire l'exerce sans avoir à passer par l'intermédiaire d'une autre personne. Ceci est vrai de la propriété, mais sans doute plus démonstratif pour les droits réels limités. Le droit personnel du loca-

30) Jhering, Etudes complémentaires à l'esprit du droit romain, p. 274.

taire s'exerce bien sur une chose, mais il ne peut s'exercer que par l'intermédiaire du propriétaire dont il dépend : le titulaire du droit réel d'usufruit sur une chose déterminée l'exerce sans l'intermédiaire du nu propriétaire de la chose qui est absent du rapport de droit existant entre la chose et l'usufruitier.

2. Le lien du droit réel avec la maîtrise directe de la chose :

C'est la caractéristique fondamentale du droit réel dans la perspective de Jhering, nous l'avons vu : il est le résultat d'une réflexion sur la possession, tenue elle-même pour caractéristique du droit réel par Jhering, alors que son adversaire scientifique Savigny ³¹⁾ n'y voyait qu'un fait totalement indépendant du droit. Il n'est pas le lieu d'entrer dans ce très célèbre débat, compliqué et d'ailleurs très marginal par rapport à nos objectifs. Nous nous devons cependant de citer ici le célèbre passage de Jhering où il montre le lien de la propriété et de la possession, dans la fort belle traduction française d'O. de Meulenaere :

“La possession est plus ancienne que la propriété. On peut se figurer la possession sans la propriété, mais non la propriété sans la possession. Dans la possession, nous ne rencontrons nulle part la propriété, ni dans la définition, ni dans la naissance, ni dans l'extinction, ni dans la protection, et l'on pourrait, s'il le fallait, exposer toute la théorie de la possession sans employer une seule fois le mot propriété. Que l'on fasse le même essai avec la propriété. Ici nous ne nous séparons jamais de la possession; elle nous accompagne dans toute la théorie de la propriété. Dès le premier pas, dans la définition de la propriété, elle se présente comme élément contenu dans la propriété. La possession forme la condition de fait de l'utilisation économique de la propriété; elle n'a pas de valeur en soi mais elle doit exister pour que, de fait et de droit, le propriétaire puisse disposer de la chose.” ³²⁾

Très souvent la doctrine distingue mal l'*immédiateté* du droit réel, que nous avons étudiée plus haut, et la maîtrise directe de la chose, qu'il suppose, selon l'Ecole de Jhering. Cela tient en bonne partie à une attraction verbale qui amène à parler de *maîtrise immédiate*; l'attraction est plus forte encore en allemand où l'on parle souvent “d'*immédiateté* de la maîtrise” (Unmittelbarkeit der Sachherrschaft). ³³⁾

On voit ainsi M. Meier-Hayoz, dans le passage déjà cité, écrire :

“Le titulaire d'un droit réel a sur la chose un pouvoir direct de disposition. Il peut la maîtriser dans une mesure plus ou moins limitée”.

Cela semble entrer dans la maîtrise directe de Jhering, mais il écrit plus loin dans le même paragraphe :

“L'*immédiateté* de la maîtrise manque aux droits personnels (...) S'ils ont une chose pour objet (...) leur titulaire peut seulement les exercer médiatement en agissant sur la personne de leur obligé.”

Il s'agit alors de l'*immédiateté* du droit que nous avons défini plus haut. Pour cet auteur suisse, il est donc évident que la notion d'*immédiateté* de la maîtrise tient aussi bien de ce que nous avons appelé l'*immédiateté* du droit que de ce que nous avons appelé la maîtrise directe de la chose. Une telle conception est d'ailleurs conforme à la tradition de Jhering : en effet, si la possession immé-

31) Savigny, Traité de droit romain, p. 25-26.

32) Jhering, Etudes complémentaires à l'esprit du droit romain, p. 274.

33) Meier-Hayoz, Das Sachenrecht, Komm ad Art 641-654 ZGB, Systematischer Teil, n. 131.

diat (l'expression est ici ambiguë car elle signifie *maîtrise directe* et nullement *droit immédiat*) est le fondement du droit réel, l'immédiateté du droit, c'est-à-dire l'absence d'une tierce personne entre le titulaire du droit et la chose, semble en découler naturellement (comme en découle l'opposabilité aux tiers, nous l'avons vu).

Pour notre part, nous considérons cependant cette distinction comme nécessaire et nous aurons souvent l'occasion de voir en quoi. Pour nous contenter pour l'heure d'un exemple tout à fait banal, disons simplement que le droit réel d'hypothèque, dans les trois droits que nous envisagerons, est muni du caractère d'immédiateté, mais n'implique en rien la maîtrise directe de la chose.

3. L'affectation à un patrimoine (Zuordnung) :

Il s'agit là d'une caractéristique du droit réel dont on rencontre la référence de façon éparse dans la doctrine des trois pays et que l'on doit à une partie de la doctrine allemande contemporaine, particulièrement à M. Harry Westermann, d'avoir formulé précisément. Cet élément se fonde d'abord sur une constatation tout à fait banale :

“Ce qui permet de reconnaître un droit réel sur une chose, particulièrement la propriété, c'est le fait que cette chose fait partie du patrimoine de son titulaire.” 34)

On part donc du patrimoine d'une personne et l'on fait le bilan de ces actifs : on y porte les droits personnels comme *droits* ou comme *actions* et, lorsque l'on se retrouve en face de droits réels, c'est la chose matérielle elle-même que l'on porte à cet actif.

“L'affectation signifie l'appartenance *de la chose* au patrimoine du titulaire du droit, dont l'étendue est déterminée juridiquement. En pratique, l'affectation entre en ligne de compte chaque fois que doivent être tranchés des problèmes d'exécution forcée, de compétence pour disposer (. . .) . L'affectation peut en outre fonder la responsabilité du fait de la chose ; ainsi le propriétaire est responsable à l'égard des tiers des dommages causés par le mauvais entretien de sa propriété”. 35)

4. L'opposabilité aux tiers :

Nous arrivons ici au coeur de notre sujet. Le présent troisième chapitre de notre étude vise essentiellement à définir cette notion d'opposabilité aux tiers et la définition des trois caractéristiques précédemment retenues ne tendait en fait qu'à en poser les limites. Nous consacrerons donc un paragraphe spécial à approfondir cette notion. Pour l'heure, esquissons en le profil.

Nous avons laissé entendre dans les premières pages de notre étude que les législateurs et la doctrine emploient cette expression sans jamais se préoccuper de la définir. Peut-être ce jugement est-il excessif car les ouvrages et articles qui tentent l'expérience sont relativement nombreux, particulièrement en France, mais l'usage général n'en reste pas moins extrêmement flou, et nous aurons souvent l'occasion de voir comment l'opposabilité aux tiers recouvre des choses parfois fort différentes, à tel point que si les juristes sont réputés pour la rigueur

34) Lent-Schwab, Sachenrecht, p. 1.

35) Westermann, Sachenrecht, paragraphes 2 II 3, p. 9.

de leurs définitions, c'est sans doute là une des situations dans lesquelles ils se déjugent le plus.

Citons ici pourtant trois thèses françaises consacrées au sujet : celle de Cuny (Nancy 1889) ³⁶), celle de Crugut (Toulouse 1905) ³⁷) et celle de Jean-Marie Aussel (Montpellier 1951) ³⁸). Nous ferons largement référence à cette dernière.

M. Aussel s'était fixé pour but d'étudier la seule notion de *tiers* en droit civil qui lui semblait incohérente dans la pratique française :

"Il faut classer la foule incohérente des tiers qui peuplent tout notre droit civil" ³⁹) écrit-il.

Sans l'indiquer, ni même semble-t-il le remarquer, M. Aussel a laissé dévier sa recherche vers celle d'une étude du concept d'*opposabilité* aux tiers. Cela est sans doute symptomatique, parce que montrant à l'évidence que la notion de tiers n'apparaît guère en droit que liée à celle d'*opposabilité*. Cette confusion dans les buts a certainement nuit à la thèse de M. Aussel. On y voit ainsi apparaître des définitions du terme de *tiers*, dont il étudie les variations, ce terme étant toujours lié à celui d'*opposabilité* qui, par contre, semble être admis, quant à lui, comme ayant une signification constante, mais qui n'est jamais énoncée.

Cet ouvrage n'en est pas moins extrêmement intéressant : il est un document précieux qui, par le sérieux de ses classifications, a fourni un certain nombre d'acquis scientifiques sur lesquels les chercheurs futurs n'auront plus désormais à revenir. Cette classification nous aidera tout au long de notre propre étude.

Avant de passer, dans un paragraphe spécial, à l'étude détaillée et approfondie de la notion d'*opposabilité* aux tiers, nous aimerions emprunter au dictionnaire juridique de M. Henri Capitant les deux définitions suivantes :

Opposabilité : *caractère d'un droit* ou d'un moyen de défense que son titulaire peut faire valoir contre un tiers. (Ex : l'acheteur qui a fait transcrire son acte d'acquisition, peut opposer son droit de propriété aux ayants-cause du vendeur ; l'assureur peut opposer à la victime la nullité du contrat d'assurance conclu par l'auteur du dommage").

Tiers : *personne* n'ayant été ni partie représentée soit à un contrat, soit à un jugement. Le terme est aussi employé parfois dans le code civil pour désigner les ayants-cause à titre particulier (Ex. : C. civ., art. 1328, L. 23 mars 1885, art. 3).

Bien qu'extrêmement imprécises, ces définitions montrent déjà la liaison nécessaire, existant entre ces deux notions.

C – Approfondissement de la notion d'*opposabilité* aux tiers :

1. Remarque initiale

a – *hypothèse de définition* :

Une définition suffisamment précise du contenu de la règle que nous aurons à soumettre à des tests est *a priori* une nécessité de travail. C'est un paradoxe de

36) Cuny, Des Tiers.

37) Crugut, De la notion de tiers.

38) Aussel, Essai sur la notion de tiers en droit civil français.

39) Aussel, op. cit. p. 23.

poser ainsi une telle définition alors même qu'elle n'est qu'abstraite et qu'il n'est encore possible de la confronter à aucune expérience; nous avons, de plus, ressenti intuitivement que l'opposabilité aux tiers recouvrait certainement dans le concret des concepts fort différents. Nécessité de travail, avons-nous dit, qui va devoir nous amener à une hypothèse de travail (c'est la même difficulté que nous avons déjà rencontrée, à un degré moindre en cherchant à énumérer plusieurs caractéristiques apparentes reconnues du droit réel). Empiriquement et pour des motifs psychologiques qui nous sont propres, nous allons poser une, voire des définitions de l'opposabilité aux tiers.

Cette ou ces définitions, s'il se trouve que nous en retenons plusieurs comme pertinentes, nous les confronterons à chaque situation qui fera l'objet de nos tests : ainsi ces derniers, dont le but principal sera de nous permettre d'établir le degré de falsifiabilité de notre règle, serviront aussi à "vérifier" préjudiciellement l'hypothèse de définition que nous aurons posée. Notre définition sera appelée ainsi à évoluer, soit que nous soyons amené, pour des motifs divers exposés, à faire entrer tel cas dans la définition qui n'y entrerait pas tout à fait initialement l'élargissant ainsi, soit que nous décidions au vu d'expériences particulières de la rétrécir. Notre définition ainsi pourra fort bien être très différente à la fin de notre travail de celle que nous aurons initialement posée.

C'est ainsi que notre étude, définie plus haut selon un schéma clair, sera en réalité fondée sur des bases fuyantes et des concepts aux définitions incertaines qu'il nous faudra sans cesse reprendre et infléchir sans la moindre garantie d'une synthèse possible. Une telle démarche, qui serait susceptible de rebuter un logicien classique, entre sans peine dans la réflexion popperienne.

Pour établir notre définition initiale, nous nous proposons de décomposer la notion et d'analyser d'abord le concept de tiers séparément.

b – Problème technique propre à l'établissement de cette définition

Il nous semble nécessaire ici de signaler d'emblée la plus grande difficulté à laquelle nous allons avoir à faire face. La grande majorité de la doctrine à laquelle nous allons emprunter les éléments de notre définition de l'opposabilité aux tiers, considère *a priori* et sans démonstration qu'il s'agit d'une caractéristique fondamentale de description du droit réel, ce qui a pour conséquence naturelle qu'elle a tendance à définir une notion par référence à l'autre et à sous entendre droit réel chaque fois qu'elle parle d'opposabilité aux tiers.

Il est bien évident que nous nous situons dans une position tout à fait contraire puisque notre objectif est justement d'éprouver la règle qui crée ce lien entre les deux notions. Nous tenterons le plus souvent possible d'écarter ce postulat de la doctrine de notre réflexion définitoire, mais nos références aux auteurs et nos citations en resteront marquées. C'est la raison pour laquelle nous estimons préférable de signaler le fait liminairement, plutôt que d'avoir à chaque étape, et à propos de chaque auteur, à émettre la même réserve.

2. Les tiers:

a – tentative de définition globale:

Dans les premières lignes de notre étude, nous avons rappelé que la notion de tiers faisait référence au droit des contrats. Le contrat lie deux personnes : le

tiers est la troisième personne extérieure au contrat. En ce sens, la définition est donc purement négative.

Nous avons remarqué, d'autre part, que le tiers à un droit réel est une notion peu rationnelle puisque justement le droit réel est *absolu*, c'est-à-dire qu'il ne dépend pas de la relation de deux personnes : qui est alors la troisième ? Les juristes semblent admettre sans souci de démonstration que les tiers à un droit réel sont l'universalité des justiciables à l'exception du titulaire du droit (nous aurons plus loin l'occasion de voir ce que l'Ecole personnaliste a fait de cette idée).

M. Henri Capitant, dans sa définition du terme de *tiers*, que nous avons reproduite ci-dessus, tient compte de ce double sens du mot : aspect purement négatif du tiers au contrat (ou au jugement) et définition positive du tiers à un droit réel : ce dernier, nous dit M. Capitant, est l'*ayant cause à titre particulier*. La doctrine française récente est restée attachée à cette définition et M. Boris Stark écrit :

“... Sont des tiers, les ayants cause à titre particulier”. Ce terme désigne ceux qui acquièrent des droits sur un ou plusieurs biens déterminés appartenant à leur “auteur”. Prenons un exemple pour bien comprendre cette notion importante. Un contrat de vente est conclu entre Pierre et Paul, le premier vend un immeuble au second : Pierre et Paul sont les contractants. Mais voici que Paul vend, à son tour cet immeuble à Bernard. Bernard est un ayant cause de Paul, il est le cocontractant de Paul dans ce deuxième contrat. Mais Bernard n'a pas été partie au premier contrat, celui passé entre Pierre et Paul. Par conséquent, Bernard est un tiers par rapport à ce premier contrat. C'est un tiers appartenant à la catégorie des ayants cause à titre particulier.

Si, au lieu de revendre le bien, Paul l'avait donné ou loué à Bernard, ce dernier serait encore un ayant cause à titre particulier de Paul, donc un tiers par rapport au premier contrat. Il en serait de même si Bernard avait reçu ce bien par testament comme legs à titre particulier, legs portant sur un bien déterminé et non sur le “patrimoine” ou fraction du patrimoine. 40)

Pour les auteurs français, cette définition présente l'avantage d'indiquer clairement que les ayants cause à titre universel, tels les héritiers, ne sont pas des tiers. Celui qui, par exemple, reçoit de bonne foi une chose dans une part successorale, laquelle chose n'appartenait pas en réalité au *de cujus*, peut-être actionné en restitution par le vrai propriétaire, parce que l'héritier n'est pas un tiers; nous reverrons cela au niveau des tests.

Emprersons-nous d'ajouter ici que tous les ayants cause à titre particulier ne sont pourtant pas des tiers. Partons d'un exemple : A hérite de la propriété d'un immeuble dont B est ou devient alors l'usufruitier légal (le cas peut se présenter en droit suisse et en droit français). La mutation du droit de propriété est inscrite avant l'usufruit. A propriétaire loue alors l'immeuble à C selon un contrat de bail, C étant de bonne foi. B, après inscription, pourra opposer son droit à C faute pour ce dernier d'avoir la qualité de tiers. L'art. 747 du code civil suisse dispose : “L'usufruit légal portant sur des immeubles est opposable, même sans inscription, aux tiers qui en ont connaissance. Son inscription le rend opposable à tous autres tiers.”

Les tiers dont il est ici question sont bien les ayants cause à titre particulier du propriétaire de l'immeuble, mais seulement les ayants cause *acquéreurs d'un droit réel* sur la chose à l'exclusion des ayants cause acquéreur d'un droit

40) Boris Stark, Droit civil – Les Obligations, p. 576, n. 1942.

personnel. Seuls les premiers peuvent se prévaloir de la *qualité de tiers* (il ne s'agit donc pas ici d'un cas de falsification de notre règle). Ainsi l'*état de tiers* non seulement ne reçoit pas, comme cela semble être d'abord le cas, une définition négative, mais devient une *qualité* de la personne dans le rapport de droit. C'est là un point qu'à fort bien mis en évidence la thèse de M. Aussel 41). Ce dernier en est arrivé à proposer une classification des tiers en quatre grandes catégories: la première est formée des tiers *en matière d'effet des conventions*; ce sont les tiers à définition négative dont nous avons parlé (dans le cadre du droit français, ce sont ceux que l'art. 1165 C. civ. exclut de l'effet des conventions). La deuxième catégorie est celle des tiers en matière de *transfert de droit*: ces tiers sont les ayants cause à titre particulier (acquéreurs d'un droit réel, ajoutons-nous pour notre part).

M. Aussel définit encore une troisième catégorie, celle des tiers en matière d'état et de capacité des personnes et de régimes patrimoniaux, ainsi qu'une quatrième, quant à la foi due aux écrits privés et aux jugements 42). A la fin de son étude, M. Aussel conclut à l'irréductibilité de la notion de tiers à un seul concept cohérent 43).

Notons ici, en marge, que notre préoccupation étant de vérifier la règle en vertu de laquelle l'opposabilité aux tiers est un élément caractéristique du droit réel, et nullement de nous intéresser au concept d'opposabilité aux tiers en soi, nous ne nous préoccuperons pas des troisième et quatrième catégories de tiers (ou plutôt d'opposabilité aux tiers) définies par M. Aussel. Il est cependant intéressant pour nous de relever à ce propos que la notion d'opposabilité aux tiers se trouve avoir un usage dans d'autres domaines du droit.

N'y a-t-il vraiment aucune synthèse possible entre les tiers des deux premières catégories définies par M. Aussel ? Pour l'auteur d'une autre thèse française plus ancienne, M. Becquart, le mot tiers n'est pas un mot à sens multiple, mais un mot irrégulier 44). Cela signifie que, sur la base d'un élément constant, il tend par le jeu de variations à englober un sens principal assez vague et un certain nombre de sens secondaires. Un élément constant existe bien dans la définition du terme de tiers, c'est l'élément négatif *nécessaire*: *n'est* un tiers *que* celui qui est *étranger*, soit à un contrat, soit à l'existence d'un droit, etc... Cet élément n'est pas *suffisant* pour définir le tiers: il en faut un autre qui varie de cas en cas, et qui oriente la définition vers l'une des deux catégories établies par M. Aussel, sans pour autant que cette appartenance suffise toujours à le définir.

b — *définition pragmatique*:

On doit à M. Aussel d'avoir mis en lumière ce qu'en pratique signifie l'état de tiers. Contrairement à ce qu'il pourrait paraître à première vue, la seule fonction de cette qualité, dans quelque définition que ce soit, consiste à permettre à la personne qui en est qualifiée d'invoquer le fait que l'existence d'un droit lui est inopposable 45).

41) Aussel, op. cit. particulièrement p. 110.

42) op. cit. p. 23.

43) op. cit. p. 257.

44) Becquart, Les mots à sens multiples dans le code civil, p. 29.

45) Aussel, op. cit. particulièrement p. 111.

C'est là une constatation de toute première importance dans le cadre d'une démarche comme la nôtre basée sur la confrontation de la théorie émise avec la réalité concrète. Le tiers, dans une vue pragmatique, est toute personne qui a qualité pour invoquer l'opposabilité d'un droit à elle-même et qui y trouve un intérêt.

c — tiers réels et tiers potentiels :

Quelle que soit la (ou les) définition que nous allons retenir plus loin du terme d'opposabilité, il apparaît d'emblée que cette opposabilité d'un droit n'aura aucun sens dans l'abstrait et ne pourra se concevoir que concrètement. Ainsi, dans les quelques exemples élémentaires que nous avons pris plus haut déjà, avons-nous pu remarquer que les tiers, fussent-ils censés être l'universalité des sujets de droits, se trouvaient n'être dans la réalité qu'une seule personne (A vend son immeuble à B puis, se ravisant avant la transcription, le vend à C qui transcrit : le droit de C est opposable aux tiers *c'est-à-dire au seul B*, parce que le droit de B est opposable aux tiers, *c'est-à-dire au seul C*). Les tiers auxquels l'expression se réfère sont bien sûr les tiers potentiels : toutes les personnes susceptibles de prendre la place de B ou de C. C'est toujours à ces tiers potentiels que nous nous référerons.

La remarque est sans doute banale, mais elle aura une importance pratique de premier plan : il se peut en effet que nous arrivions, dans les tests que nous choisirons, à falsifier notre règle dans un cas donné pour un nombre de personnes déterminées ; nous aurons alors à nous demander, si ces personnes sont les seules pour lesquelles cette falsification existe ou si, au contraire, elles représentent potentiellement l'universalité ou une partie déterminée des sujets de droit. La réponse sera fondamentale pour le travail final qui sera le nôtre et qui consistera à exprimer la règle ainsi examinée scientifiquement d'une façon nouvelle à la lumière de nos expériences.

3. L'opposabilité :

Quant à la notion d'opposabilité aux tiers utilisée pour reconnaître le droit réel, et le décrire, elle nous semble tourner dans la doctrine autour de cinq conceptions. En disant cela, nous schématisons volontairement ces définitions et nous négligeons provisoirement leurs interférences, lesquelles nous retrouverons et étudierons dans la partie de notre étude consacrée aux tests scientifiques.

Disons d'emblée qu'à notre sens deux de ces définitions tiennent du malentendu, que deux autres sont pertinentes mais qu'il convient de les distinguer soigneusement, ce qu'oublie souvent de faire tant la doctrine que les législateurs eux-mêmes. La cinquième définition est flottante et interférante par rapport aux quatre autres : étant donné son importance dans l'histoire du droit, nous lui consacrerons un chapitre entier avant de l'exclure de notre réflexion.

a — qualité de débiteur :

Nombre d'auteurs français du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle ont considéré celui à qui un droit est opposable ⁴⁶⁾ comme son débiteur. Ainsi,

46) Voir ci-dessous, références à Demogue, Michas, Planiol, Quéru, Minéi.

dire que le droit réel est opposable aux tiers, c'est dire que l'universalité des sujets de droit en est débiteur. De cette conception est né le Personnalisme dont nous reparlerons. Cette définition de l'opposabilité aux tiers n'est plus défendue sérieusement par personne aujourd'hui et chacun ne fait que répéter les arguments de sa réfutation 47).

b – *effet quelconque* :

Pour M. Aussel, l'opposabilité aux tiers d'un droit serait sa possibilité de créer un effet quelconque à l'égard d'autrui; c'est ce qu'il appelle *l'opposabilité naturelle et normale* 48), définie comme une sorte de devoir universel de ne pas ignorer, ne fût que l'existence de droits personnels. La doctrine récente, dont M. Stark, a quelquefois repris cette idée 49). Mais, tant M. Aussel que M. Stark admettent que c'est là un second sens particulier de l'expression, laissant subsister indépendamment celui de l'opposabilité aux tiers qui traditionnellement sert à distinguer le droit réel du droit personnel.

Nous sommes donc ici en dehors de notre préoccupation.

c – *qualité particulière du droit qui permet à son titulaire de le faire valoir (contre quiconque)*

c – 1 : Principe :

Dans son "Traité des personnes et des choses", Pothier, le célèbre jurisconsulte français du XVIII^{ème} siècle, définit déjà l'action en revendication comme appartenant à celui qui a le *domaine de propriété*, alors qu'elle n'appartient pas au simple créancier de la prestation d'une chose.

Régulièrement cette action n'appartient qu'à celui qui a le domaine de la chose revendiquée, et ne peut être intentée que par lui : De là il suit que l'acheteur d'une chose qui ne lui a pas encore été livrée, ne peut être fondé dans la demande en revendication de cette chose, parce qu'il n'en a pas encore le domaine de propriété, qu'il ne peut acquérir que par la tradition qui lui en sera faite en exécution du contrat 50).

(La seconde phrase est encore valable pour le droit suisse et le droit allemand, mais ne l'est plus pour le droit français.) 51)

L'opposabilité aux tiers, qui caractérise ici la propriété, serait ainsi le fait que soit lié au droit une actions en revendication.

Il est vrai que l'opposabilité aux tiers du droit de propriété (dans le mesure où nous en admettons l'existence) se manifeste toujours par la possibilité, si besoin est, qu'a le propriétaire d'agir en revendication de la chose, mais une définition de l'opposabilité aux tiers qui se fonderait sur cette seule *manifestation*, serait à l'évidence trop étroite. Tout d'abord, la propriété n'est pas le seul droit réel et d'autres de ces droits peuvent être muni sans doute d'une opposabilité aux tiers se manifestant d'une autre façon : pensons à l'exemple du droit d'hypothèque.

47) cf. Boris Stark, Droit civil – Introduction, p. 83-84, n. 188-189.

48) Aussel, op. cit. p. 79 n. 64.

49) Stark, op. cit. p. 83 n. 188.

50) Pothier, Traité des personnes et des choses, p. 201, n. 286.

51) Art. 1138 et 1583 C. civ.

On remarquera, d'autre part, que cette action en revendication n'a de sens que lorsque le titulaire n'est pas en possession de la chose (l'existence d'une action purement potentielle serait un étrange *élément caractéristique* d'un droit). Il faudrait ainsi, pour le moins, ajouter à cette définition la possibilité de s'opposer victorieusement à la revendication d'un tiers lorsque le propriétaire est possesseur immédiat de la chose.

En dernier lieu, notons ceci, qui nous renvoie à notre seconde remarque initiale au présent paragraphe : qui dit revendication dit droit réel ; si nous posons maintenant que la revendication est la manifestation de l'opposabilité aux tiers, l'objet de notre étude n'est plus que la résolution d'un syllogisme, d'une tautologie : nous avons vu dès les premières pages que tel n'est pas le cas et que la règle que nous cherchons à éprouver semble à première vue falsifiable.

Enfin, le terme d'opposabilité aux tiers ne pourrait, dans le même ordre d'idées, en aucun cas s'appliquer à des droits personnels (falsification *a contrario* de la règle). Nous verrons pourtant que le paragraphe 571 BGB, par exemple, permet au locataire de *faire valoir* son droit personnel contre tous les *tiers* acquéreurs de la propriété de la chose louée, les tiers étant ici potentiellement l'universalité des sujets de droit : cela n'a aucun rapport avec une action en revendication.

C'est peut-être ce dernier exemple, justement parce qu'il est emprunté à un cas de droit personnel, qui nous permet de conclure notre réflexion, dont le premier élément se fondait sur l'idée de revendication. L'opposabilité aux tiers est la *possibilité de faire valoir* un droit contre les tiers, ce dernier terme étant variable comme nous l'avons établi plus haut : ce peut être une action en revendication, une "possibilité" de s'opposer à une quelconque action judiciaire, etc., c'est-à-dire un moyen dont la source est le droit. Nous sommes très près d'une notion de procédure. Ce sera là notre définition principale de l'opposabilité aux tiers, définition assez large, que nous aurons bien sûr à remettre en cause à chaque étape ou à préciser de cas en cas, mais cette fois sur des bases purement scientifiques.

c – 2 : analyse en droit de suite et droit de préférence de la doctrine française

D'une façon très pragmatique, la doctrine française a l'habitude de définir cette opposabilité aux tiers par ses manifestations les plus concrètes que sont les droits de *suite* et de *préférence* 52). M. Carbonnier définit ainsi le droit de suite :

"C'est pour le titulaire du droit réel, le pouvoir de l'exercer sur la chose entre quelques mains qu'elle se trouve, en fait ou en droit (par là on rejoint, sous un autre aspect, l'idée que le droit réel est opposable aux tiers)." 53)

Par exemple, l'hypothèque est opposable aux tiers en cela que son titulaire pourra "suivre son droit" auprès de tous les propriétaires successifs de l'immeuble. Mais, toujours dans cette perspective pragmatique, la doctrine française s'est aperçue que le droit de suite ne suffisait pas toujours à englober la totalité de la

52) Par exemple : Planiol – Ripert, par Picard, Traité pratique de droit civil français, p. 51.

Carbonnier, Droit civil – Les Biens, p. 43 n. 13.

Stark, Droit Civil, Introduction p. 80 n. 180.

53) Carbonnier, op. cit. p. 43.

notion d'opposabilité aux tiers, d'où le second concept, quelque peu subsidiaire par rapport au premier, de *droit de préférence*.

Le droit de préférence, dont l'intérêt est limité aux droits réels accessoires à une créance, permet au titulaire d'exclure tous ceux qui n'ont qu'un droit de créance et tous ceux qui n'ont qu'un droit réel postérieur en date ou classé à un rang inférieur. Le droit de créance, au contraire, parce qu'il est une relation entre deux ou plusieurs personnes, ne permet au créancier d'agir que contre le débiteur et ne lui donne aucune préférence sur les autres créanciers 54).

Cette définition de l'opposabilité aux tiers ne contredit en rien celle que nous venons d'établir ci-dessus. Elle n'en diffère que par le point de vue différent adopté par la doctrine qui l'a émise (nous aurons l'occasion de voir qu'elle est en fait plus large et englobe non seulement toute notre définition mais encore des cas que la nôtre exclut *a priori*).

Elle sera pour nous d'une grande utilité comme seconde définition subsidiaire qui pourra nous permettre de confronter nos expériences.

c – 3 : conséquence de notre définition : condition de fond de l'existence du droit

Pour qu'un droit ait la qualité d'opposabilité aux tiers, il est nécessaire qu'il existe : c'est là l'énoncé d'une lapalissade. Il est pourtant une autre évidence du même ordre qui semble échapper même aux législateurs : pour qu'un droit soit *inopposable* aux tiers, il est également nécessaire qu'il existe parce que l'inexistence ne saurait avoir de qualités même négatives (pensons au syllogisme ontologique de Descartes).

Ainsi, lorsqu'un droit a disparu, il est abusif de dire qu'il est devenu inopposable aux tiers : cette remarque nous amènera pourtant à envisager une autre définition, la quatrième qui se rattache à un tel usage terminologique.

Pour l'heure, ajoutons une dernière remarque liée à cette nécessité que nous avons relevée de distinguer toujours opposabilité, c'est-à-dire effet, et existence d'un droit ; il est fréquent de rencontrer dans la doctrine des phrases du genre de celle-ci : "Le droit existe à l'égard de A mais n'existe pas à l'égard de B." Là également, la terminologie est abusive. L'existence ne se conçoit que dans l'absolu : cela n'a pas de sens de dire que quelque chose n'existe que par rapport à quelqu'un, mais il est par contre très concevable qu'une chose existante ait des effets à l'égard d'une certaine personne et n'en ait pas à l'égard d'une autre. Il convient donc de traduire notre phrase par : "Le droit existe ; il est opposable à A mais inopposable à B."

d – *L'extension de sens de l'usage courant :*

d – 1 : énoncé

Nous venons d'insister sur l'erreur logique qu'il y a à parler d'inopposabilité aux tiers lorsque le droit en cause n'existe lui-même pas ou plus. Il nous reste à montrer ici dans quels cas concrets l'expression est ainsi employée dans un sens si ce n'est absolument faux, du moins différent de celui que nous avons retenu plus haut comme tout à fait pertinent.

54) Planiol – Ripert – Picard, op. cit. p. 51 n. 45.

Dans chacun des trois systèmes juridiques qui servent de base à notre réflexion, il existe de nombreuses situations où l'acte de disposition en faveur d'un tiers de bonne foi peut *détruire* un droit de propriété ou un autre droit réel. C'est le cas de l'institution du transfert *a non domino*. (Nous en reparlerons souvent et pouvons ainsi laisser provisoirement de côté l'étude détaillée du concept.) Pensons aussi à cet autre exemple de l'art. 747 CCS déjà évoqué; nous en rencontrerons de nombreux semblables. Dans l'usage juridique courant, on dit que le droit du propriétaire est inopposable aux tiers de bonne foi. Il est évident que cette inopposabilité n'entre pas dans notre définition. En effet, tant que le transfert *a non domino* n'a pas eu lieu, le propriétaire peut revendiquer sa chose et, dès la seconde où le transfert a eu lieu, c'est le droit lui-même qui a disparu.

Dans ce sens-là, l'opposabilité aux tiers semble être la *qualité* particulière d'un droit qui permet à son titulaire d'empêcher la naissance de tout droit d'un tiers sur la chose inconciliable avec le maintien intégral du sien, cette qualité existant par exemple lorsque le propriétaire d'un meuble en est également le possesseur immédiat et n'existant pas dans le cas contraire.

Nous aurons l'occasion de voir que la doctrine allemande et la doctrine suisse ont été longtemps divisées sur le sujet de savoir si ces divers cas analogues au transfert *a non domino* étaient de véritables exceptions au principe de l'opposabilité aux tiers du droit réel, en d'autres termes de savoir si ces cas pouvaient être qualifiés d'*inopposabilité aux tiers*.

Dans le sens positif, citons Planck-Strecker 55) et Leeman 56); dans le sens négatif, citons Seuffert 57), Haab 58) et Meier-Hayoz 59).

C'est vers la réponse négative que s'est orientée la doctrine la plus moderne : la discussion ne nous semble pourtant pas aussi vaine ni sa solution aussi aisée que cette doctrine le croit parfois et cela pour deux raisons que nous aimerions simplement énoncer ici aux fins de la définition que nous avons entrepris de poser. Nous nous réservons de n'étudier les problèmes que nous allons ainsi soulever qu'au niveau de tests, c'est-à-dire lorsque nous aurons un premier cas d'inopposabilité aux tiers de cette espèce.

d – 2 : situation intermédiaire :

Il est aisé de dire que dans le cas du transfert *a non domino*, il n'y a pas de cas d'inopposabilité aux tiers parce que le propriétaire peut toujours revendiquer sa chose avant le transfert, c'est-à-dire aussi longtemps qu'il en est propriétaire. Cependant il est certain que dès le moment où il n'a plus la possession immédiate de sa chose, il se trouve *par rapport aux tiers* dans une situation d'infériorité. N'y a-t-il pas là une situation intermédiaire entre l'état d'un droit opposable aux tiers et l'état d'un droit inopposable aux tiers ?

d – 3 : survivance du droit :

Après le transfert *a non domino*, que devient le droit du propriétaire initial ? Il disparaît purement et simplement, dira-t-on, cela est évident. A examiner le

55) Planck – Strecker, Vorbemerkungen zum Dritten Buch, II, 4.

56) Leemann, Sachenrecht, Einleitung, p. 7 n. 19.

57) Staudinger/Seuffert, Einleitung zum Dritten Buch I 2 c, p. 3.

58) Haab, Sachenrecht, Einleitung n. 53.

59) Meier-Hayoz, Sachenrecht, (das Eigentum) n. 136 p. 73.

fondement de certains raisonnements de la doctrine et surtout de la jurisprudence, particulièrement en France et en Suisse, on peut se demander si l'on ne considère pas qu'il continue à exister mais n'est plus opposable aux tiers, alors que le nouveau droit, celui du tiers, n'est pour des siècles qu'une apparence de droit. Tout cela semble absurde et l'est sans doute, mais on ne doit pas négliger pour autant ce genre de réflexions qui existent et qui ont une importance pratique non négligeable. Une démarche comme la nôtre permettra justement une investigation logique approfondie sur ce point.

d — 4 : conclusion :

Etant donné l'usage général, étant donné surtout les fondements possibles que nous avons relevés de telles définitions de l'opposabilité aux tiers, lesquelles l'apparentent à notre définition principale, nous les retiendrons comme définitions subsidiaires et dérivées et parlerons de situation intermédiaire d'une part et de survivance du droit d'autre part.

e — *devoir général de respect des droits d'autrui* :

Le principe de la relativité des conventions exprimées en droit français par l'art. 1165 C. Civ., a été interprété de façons diverses. Avec le temps, et suivant les tendances moralisatrices du droit, la doctrine a pris l'habitude de préciser que le principe de la relativité des contrats ne donnait nullement le droit à quiconque de violer impunément les droits relatifs (60). On a ainsi parlé quelquefois d'opposabilité aux tiers de tous les droits réels ou personnels. On a relevé de multiples exemples où les effets d'une convention s'étendaient à des tiers pour ce motif (61). Cela pourrait passer pour une falsification *a contrario* de notre règle.

De même, il existe, dans les trois droits positifs qui fondent notre réflexion, des cas où un droit réel qui n'a été constitué que dans un but de fraude est inopposable à ceux que la fraude vise tout en ayant une existence. Le commerçant sur le point de tomber en faillite peut vendre à bas prix ou donner ses biens pour nuire à ses créanciers. L'ayant droit d'un tel commerçant en acquiert bien la propriété, mais tous les droits modernes lui refusent l'opposabilité de son droit à un nombre très déterminé de tiers qui sont les créanciers de son auteur.

Notre règle est bien formellement falsifiée, même dans sa définition la plus stricte, mais nous sommes là dans la problématique de la très historique *action paulienne* que nous aimerions exclure de nos tests, parce que justement l'action paulienne, ainsi que les normes de droit visant des buts analogues, sont des correctifs *conscients*, et bien connus, apportés par les législateurs à la logique normale de la règle de droit qu'ils ne mettent nullement en cause.

Nous ne pouvons pourtant pas exclure de notre réflexion un point aussi important sans lui avoir consacré une étude précise. Avant de pouvoir le faire sérieusement, encore faut-il que nous ayons étudié la question du rôle de l'oppo-

60) Weill, Le principe de la relativité des conventions en droit français.

Savatier, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats.

Desprez, Effets des conventions (commentaire JCC ad art. 1165 C. civ.) p. 3.

61) Savatier, op. cit., p. 526.

sabilité aux tiers dans la qualification de droit réel, rôle que nous n'avons étudié pour l'instant que par la bande.

Lorsque cela sera fait, nous consacrerons un chapitre spécial aux différentes formes de l'opposabilité aux tiers des droits réels (ou de l'opposabilité aux tiers des droits personnels) lorsqu'elle est la sanction d'un devoir général. Ce chapitre se situera donc juste avant l'étude scientifique systématique par tests que nous nous proposons de réaliser.

D – Rôle de l'opposabilité aux tiers dans la qualification du droit réel :

Nous en arrivons maintenant au troisième élément logique de notre effort visant à énoncer le contenu de la règle que nous allons soumettre à des tests à savoir : l'opposabilité aux tiers est un élément caractéristique du droit réel. Après avoir tenté de faire le tour des éléments traditionnellement utilisés pour caractériser le droit réel, nous avons approfondi la définition du concept même d'opposabilité aux tiers. Il nous reste donc à étudier le rôle de cet élément dans la qualification du droit réel.

Nous nous proposons de l'étudier chronologiquement au travers de l'histoire de la science juridique. Une telle étude historique ne pourra bien sûr être que rapide et superficielle et nous ne retiendrons volontairement que quelques étapes importantes de l'évolution de la pensée des juristes sur la question, particulièrement intéressantes dans notre perspective.

1. Droit romain et ancien droit français : apparition de la règle

On fait remonter au droit romain la distinction du droit réel et du droit personnel. Bien que le droit romain n'eût jamais, à proprement parler, opéré cette classification des droits, il connaissait des droits sanctionnés par une *actio in rem* et d'autres par une *actio in personam*. Ce sont les droits d'Ancien Régime qui, les premiers, ont connu la distinction des droits réels et des droits personnels. Citons, par exemple, *Pothier*, dont nous avons déjà évoqué l'oeuvre et dont on sait à quel point il a marqué le code civil, dans son commentaire des coutumes d'Orléans.

Il parle d'abord des droits réels, droits sur une chose *ius in re* et les oppose aux droits que l'on peut avoir contre une personne, mais par rapport à une chose, et qu'il convient de ne pas confondre avec les premiers : l'acheteur d'une chose, par exemple, tant que ladite chose ne lui a pas été transférée, n'a qu'un droit contre le vendeur, aucun droit sur la chose, ni contre les tiers. Ce droit contre le vendeur par rapport à la chose est *inopposable aux tiers*. *Pothier* l'appelle un *ius ad rem* pour l'opposer au *ius in re*. (Notons ici, d'emblée, que, malgré la similitude de termes, le *ius ad rem* de *Pothier* est sans rapport avec la théorie moderne du *ius ad rem* que nous aurons l'occasion d'étudier nous-même plus loin.)

“Du droit à la chose, ou *ius ad rem* : Le droit à la chose, ou *ius ad rem*, naît de l'obligation personnelle que quelqu'un a contractée envers nous de nous donner une chose, ou quelque usage d'une chose. Cette obligation ne nous donne aucun droit dans la chose qui en fait l'objet; elle oblige seulement envers nous la personne qui l'a contractée. C'est pourquoi le droit qui en

résulte n'est pas un droit dans la chose, mais un droit contre la personne qui a contracté l'obligation, pour la faire condamner à nous donner la chose qu'elle s'est obligée de nous donner.

De là il suit que l'obligation que quelqu'un a contractée envers nous de nous donner une chose, ne l'empêche pas de l'aliéner et d'en transmettre la propriété à un tiers, sans que nous puissions avoir aucune action contre ce tiers, car cette obligation ne nous a donné aucun droit dans cette chose, mais seulement une action contre celui qui s'est obligé envers nous, aux fins de le faire condamner en nos dommages et intérêts, pour n'avoir pas accompli envers nous son obligation 62).

Dans son traité des obligations, il écrit de plus :

"... si mon débiteur, depuis qu'il a contracté envers moi l'obligation de me donner une chose, a fait passer cette chose à un tiers à titre singulier, soit de vente, soit de donation, je ne pourrai point demander cette chose à ce tiers acquéreur mais seulement à mon débiteur, qui, faute de me la pouvoir donner, ne l'ayant plus, sera condamné en mes dommages et intérêts résultant de l'inexécution de son obligation.

La raison est que, suivant nos principes, l'obligation ne donnant au créancier aucun droit dans la chose qui lui est due, je n'ai aucun droit dans la chose qui m'était due, que je puisse poursuivre contre celui dans les mains de qui elle se trouve. Le droit que donne l'obligation, étant un droit que le créancier n'a que contre le débiteur et ses successeurs universels, je ne puis avoir aucune action contre le tiers acquéreur de cette chose, qui, étant un acquéreur à titre singulier, n'a point succédé aux obligations de celui qui s'est obligé envers moi." 63)

On s'aperçoit ainsi qu'historiquement la règle en vertu de laquelle l'opposabilité aux tiers et une caractéristique permettant de reconnaître le droit réel est apparue dès que le concept de droit réel lui-même, s'opposant à celui de droit personnel, a pu être scientifiquement mis en lumière. Les droits d'Ancien Régime connaissaient déjà pourtant de toute évidence des exceptions à cette règle mais nul ne s'en occupa véritablement.

2. Le débat moderne en France et en Suisse :

a — *Le traité de droit français de l'Allemand Zachariae von Liegenthal, Roguin, les Personnalistes, Rigaud :*

La querelle doctrinale qui va se déclencher à la fin du siècle dernier presque uniquement en France et en Suisse romande sur le sujet de l'opposabilité aux tiers et de la classification des droits patrimoniaux eut en réalité une lointaine et indirecte origine en Allemagne avec un auteur qui commenta le Code Napoléon, le Comte Karl Zachariae von Liegenthal 64). L'ouvrage fut très tôt traduit en français par Aubry et Rau 65), lesquels en donnèrent plus tard des éditions revues qui devinrent le *Cours de droit civil français d'après la méthode Zachariae* 66).

62) Pothier, Coutumes d'Orléans, p. 53 paragraphe IV n. 108.

63) Pothier, Traité des obligations p. 72 n. 152.

64) Zacharie von Liegenthal, Handbuch des französischen Civilrechts.

65) Zacharie, Cours de droit civil français, trad. de l'allemand par Aubry et Rau, (5 vol.) Strasbourg 1843-1846.

66) 4^{ème} édition Paris 1869-1879.

Quant à la classification des droits civils, c'est à Zachariae que remonte celle qui oppose les droits patrimoniaux et les droits personnels (ou extra-patrimoniaux). Notons ici que cette découverte est restée jusqu'à ce jour un acquis fondamental de toute la science juridique européenne. Sans doute cela est-il dû en bonne partie à l'essor considérable qu'ont eu depuis le début de ce siècle les sciences économiques. Les juristes aujourd'hui ne contestent plus cette classification fondée sur le concept juridique de patrimoine.

Pour nous référer à une doctrine immédiatement contemporaine, citons M. Carbonnier qui donne une excellente définition de cette classification que nous nous permettons simplement de reproduire :

"Le patrimoine est d'abord un actif, la réunion des biens ayant un même propriétaire, des droits ayant pour titulaire un même sujet de droit. On n'y fait pas cependant entrer tous les droits. Qui dit *patrimonial* dit *pécuniaire*. Aussi ne convient-il de comprendre parmi les droits patrimoniaux que les droits susceptibles d'une évaluation pécuniaire. Ceux qui répugnent, par leur nature, à être appréciés en argent, restent en dehors. Ce sont les droits *extra-patrimoniaux* : non seulement les droits publics, politiques de l'individu, mais aussi certains droits privés (ex. : les droits constituant la puissance paternelle, les droits du mari comme chef de la famille, les actions qui protègent l'état de personnes, le droit à l'honneur, les droits que l'on appelle droits de la personnalité." 67)

La doctrine française a fait, par la suite, un usage très important de cette classification dans le domaine des capacités civiles. (Le résultat de ses travaux a été repris par l'art. 19 al. 2 CCS.)

En Allemagne, c'est au concept de patrimoine défini par Zachariae, que l'on doit rattacher la théorie de l'affectation (Zuordnung), chère à M. Westermann et dont nous avons parlé plus haut (chapitre III, a, 3).

A ses débuts, cette classification de Zachariae et d'Aubry et Rau fut violemment combattue par le juriste suisse Ernest Roguin, professeur à l'Université de Lausanne, qui écrit dans son ouvrage fondamental : la Règle de Droit (Lausanne, Paris 1889) :

"*Divisions des droits fondés sur la différence des objets auxquels ils se rapportent* : les droits peuvent se rapporter, ou à l'homme même auquel ils appartiennent, à sa personnalité, ou bien à un objet quelconque vers lequel sa volonté se dirige. On peut donner à la première catégorie le nom de droits personnels, à la seconde le nom de droits patrimoniaux. Cette terminologie est déplorable. Il n'y a aucune opposition entre les droits personnels et les patrimoniaux ; les premiers doivent être mis en contraste avec les droits réels, portant sur les choses. Les droits patrimoniaux ne peuvent s'opposer qu'aux droits sur des objets individuels, ainsi que le veulent MM. Aubry et Rau." 68)

A cette classification, et c'est là que la querelle rejoint nos préoccupations, il oppose celle qui distingue les droits relatifs et les droits absolus. dans la perspective de la pensée de Kant, Roguin défend alors, pour la première fois, l'idée que la notion de *droit sur une chose* n'a en soi aucun sens. Une chose ne saurait être sujet de droit même passif. (cf. Kant pour que le monde n'est structuré que par sa perception par la raison humaine). Le droit réel a en fait la même nature que la créance civile, mais se distingue d'elle par le fait qu'il a pour débiteur toutes les personnes sujettes de droit, qui se trouvent obligées à son respect. C'est

67) Carbonnier, Droit civil – Introduction, p. 143 n. 42.

68) Roguin, La Règle de droit, p. 197.

bien sûr une forme de renforcement de la règle: droit apparaissant comme opposable aux tiers égale droit réel, et l'on peut même se demander si pour Rouguin l'opposabilité aux tiers ne devient pas tout à coup un *élément de définition* du droit réel, c'est-à-dire un principe qu'il généralise par sa seule volonté, ce qui lui permet de renoncer à la définition classique du droit réel comme droit sur une chose dont il ne veut pas. C'est là le comble du paradoxe si l'on admet, ce qui est évident, que Roguin savait aussi bien que nous que la règle n'est pas sans exception et que l'on peut rencontrer des droits réels, dans des cas particuliers, inopposables aux tiers. De la façon la plus étrange sur le plan logique, Roguin ne sert ainsi d'une caractéristique apparente d'un phénomène qui a préalablement été défini pour la transformer en sa nouvelle définition qui exclut bien sûr la précédente. C'est sans doute à cette complète confusion logique que Roguin et les Personnalistes, ses successeurs dont nous allons parler plus loin, devront de voir finalement s'écrouler tout leur système; mais laissons cela pour l'instant et revenons à Roguin qui écrit :

"Il a déjà été dit que les droits se divisaient en deux grands groupes, celui des droits absolus, et celui des droits relatifs ou d'obligation. Les premiers assurent au sujet actif, à l'égard de tout le monde, un pouvoir sur un objet, qui peut être sa propre personne, celle d'autrui, ou une chose animée ou inanimée. Les deuxièmes lui garantissent, à l'égard d'une ou plusieurs personnes, l'existence d'un certain état d'activité ou d'inaction. Dans les droits absolus, le sujet passif est la totalité des justiciables, dont l'immobilité imposée est l'objet au sens juridique de la norme. Dans les droits relatifs, le sujet passif est un débiteur, individuel ou multiple, dont le devoir d'action ou d'inaction forme l'objet de la règle." 69)

Il démontre sa théorie sur la base du postulat kantien de la nécessité d'un sujet passif à tout droit :

"Les droits sur les choses forment la principale classe des droits absolus. Nous avons déjà traité de leur nature et montré qu'ils ne peuvent être conçus, comme tous autres droits d'ailleurs, sans un sujet passif, que ce sujet est la réunion des justiciables auxquels l'obligation est imposée de s'arrêter devant la chose affectée juridiquement, que l'objet au sens propre est l'abstention forcée de ces justiciables, que l'objet physique est la chose atteinte par le droit, et que, d'ailleurs, celui-ci a un côté d'attributions actives au profit du titulaire, de même que tous les droits possibles.

Le droit absolu est celui qui, existant *erga omnes*, a pour sujet passif l'universalité des justiciables passibles d'un devoir d'abstention. Le droit relatif est celui qui, constitué seulement entre des personnes en nombre défini, astreint le sujet passif à faire ou ne pas faire quelque chose au profit du titulaire." 70)

On remarquera au passage l'ambiguïté de son opposabilité aux tiers par rapport aux définitions diverses que nous en avons nous-mêmes établies : tantôt elle se réfère à la *qualité de débiteur* de son sujet passif, tantôt elle est la *sanction* d'un devoir général, tantôt elle est la *qualité d'un droit* qui permet à son titulaire de le faire valoir contre quiconque : Roguin n'entre jamais dans ces nuances. Il conclut :

"... les droits réels sont formés d'un faisceau de devoirs passifs imposés à la totalité des justiciables, et que chacune de ces fibres juridiques a la même nature qu'une obligation au sens spécial du mot. Il y a donc identité de nature intime entre les éléments des deux genres de droitures, avec la réserve que celui

69) Roguin, op. cit. p. 207.

70) op. cit. p. 266.

des droits réels est toujours un devoir passif. D'autre part, l'existence de droits absolus est la condition sine qua non de celle de droits d'obligation. Ceux-ci ne peuvent se nouer que sur la plate-forme constituée par ceux-là, par la raison que le devoir d'action ou d'abstention caractéristique de l'obligation entre personnes déterminées suppose préalablement la faculté, pour l'une de s'engager ou d'être engagée d'une certaine manière par la loi, et pour l'autre de bénéficier de ce devoir." 71)

Roguin montre, à titre illustratif, qu'il n'y aurait pas de droits réels sans un groupe social auquel les opposer.

"Si tous les hommes étaient anéantis excepté le propriétaire, il n'y aurait plus de propriété et plus de législation en général. L'individu unique qui aurait survécu serait maître omnipotent, non pas de droit mais de fait, de toute la terre. Il n'aurait au-dessus de lui aucun législateur, aucune loi; sa conscience même ne saurait lui dicter aucun devoir social, s'il était bien certain de la destruction entière de ses semblables. C'est seulement en cas d'incertitude à cet égard qu'il pourrait, par des considérations de commisération ou même d'intérêt personnel, éviter d'abuser de sa toute-puissance. Autrement, il n'obéirait à d'autres limites dans l'utilisation des biens de l'univers qu'à celles résultant de sa faiblesse ou du soin de sa santé. Robinson, dans son île, avant l'arrivée de Vendredi, était dans cette situation. Daniel de Foë n'a pas commis la puérilité de montrer son héros élaborer une loi de propriété dont il aurait été l'auteur, de même que l'observateur absolument libre." 72)

C'est ainsi l'ouvrage de Roguin qui fut à l'origine de la célèbre école française dite des *Personnalistes*, qui *définissaient* le droit réel comme une créance contre l'univers (*obligation passive universelle*) 73).

Roguin plus tard, nous le verrons, déavouera d'ailleurs les Personnalistes.

C'est en 1912 que fut défendue à Toulouse la célèbre thèse de M. Louis Rigaud "*Le droit réel*" 74).

Elle était une magistrale réponse des classiques à la fois à Roguin et aux Personnalistes. Rigaud y combat à la fois la théorie de l'obligation passive universelle et celle, défendue par Roguin, selon laquelle il existe un droit intermédiaire entre la créance civile et le droit réel, le *ius ad rem* ou créance réelle. Ironie du sort, c'est à la suite de la thèse de Rigaud que les juristes se pencheront à leur tour sur la théorie du *ius ad rem* et que celle-ci se répandra en France, puis en Europe.

La réponse de Roguin à tout ce développement doctrinal vint en 1923 avec son ouvrage "*La Science juridique pure*".

"Nous maintenons encore aujourd'hui (1923) l'exactitude de la définition donnée en 1889 des droits absolus, sauf que le sujet passif dans ces droits n'est pas seulement la totalité des justiciables, c'est-à-dire de la population de l'état où le droit absolu est établi, mais la totalité des hommes de la Terre sans aucune exception." 75)

Il attaque ainsi les Personnalistes :

"Notre théorie maintenue contre les critiques des auteurs personnalistes et de Rigaud : (...) Puis, nous discutons, de nouveau et fréquemment, la nature du

71) op. cit. p. 269.

72) op. cit. p. 233.

73) cf. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, thèse de Paris 1900 (Michas était l'élève de Marcel Planiol, chef de file des Personnalistes et auteur du célèbre *Traité élémentaire de droit civil*).

74) Rigaud, *Le droit réel*.

75) Roguin, *La science juridique pure*, tome troisième p. 663.

droit réel, en réponse aux critiques et opinions des auteurs personalistes, plus ou moins socialistes ou anarchisants, comme Michas, 1900, Quéru, 1905, Demogue, 1911, et Minei, 1912. — Ces auteurs ont le trait commun d'avoir accueilli la théorie des deux sujets et notre thèse de l'existence d'un devoir passif universel jouant un rôle constructif dans les droits réels, puis de tirer de cette vérité des conséquences qu'elle ne comporte pas; ils se laissent entraîner à méconnaître l'existence de l'élément pouvoir, à considérer tous nos droits absolus comme semblables à ceux d'obligation, ou à admettre des modes de division qui ne dérivent plus de la nature des choses juridiques et sont dès lors faux et artificiels. Leurs efforts manqués fournissent la preuve de la vérité que, si on abandonne notre classification, la seule naturelle et scientifique, il est impossible d'aboutir à des conclusions se tenant debout. — Plusieurs de ces écrivains, d'ailleurs, ne sont pas vraiment animés de l'esprit scientifique et cherchent à justifier des préférences socialistes ou même anarchistes." 76)

Puis il s'en prend à Rigaud en ces termes

"... Rigaud croit pouvoir constater que, à plusieurs égards, les droits de créance seraient opposables aux tiers. Cette qualité est suivant lui celle des droits absolus; donc il y aurait des droits réels qui ne seraient pas absolus et des droits d'obligation qui le seraient ! Remarquons que Rigaud prend le mot absolu dans un sens nouveau et qui n'est aucun de ceux que nous avons énumérés au No 932. — Les différentes propositions erronées de l'auteur, à propos des droits absolus, nous ont amené à répéter à plusieurs reprises, notamment p. 413 et 435, les vérités fondamentales intéressant la division des droits en absolus et relatifs. Il est vraiment regrettable que Rigaud, dont l'oeuvre est fort intéressante, ne se soit pas inspiré davantage des principes fondamentaux de la science juridique pure." 77)

b — *Ginossar, Rigaud :*

Nous avons vu ainsi trois dates importantes dans notre perspective : 1889 : le professeur suisse Ernest Roguin publie son ouvrage *la Règle de droit*, l'Ecole personaliste en sera issue; 1912 : le jeune juriste français Louis Rigaud soutient sa thèse *Le droit réel*, réfutation du personalisme et de Roguin; il en naîtra plus tard, et contrairement à la volonté de son auteur, la théorie du *ius ad rem*; 1924 : Roguin répond à Rigaud par ses trois forts volumes *La science juridique pure*.

Près de cinquante ans vont passer. En 1960, puis en 1962, M. *Samuel Ginossar*, professeur à l'Université hébraïque de Jérusalem relance le débat par une double publication en France "Droit réel, propriété et créance" (1960) 78) et "Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel" (1962) 79).

Ces titres l'indiquent : il s'agit pour M. Ginossar de faire oeuvre de pionnier et de rien moins que de régler définitivement un des problèmes majeurs de l'histoire des sciences juridiques. Nous ne voulons pas nous étendre longuement sur la théorie de M. Ginossar. Il la juge d'ailleurs lui-même suffisamment simple pour être entièrement résumée en un seul tableau.

Pour lui, du côté *actif du patrimoine*, il n'existe en fait qu'un seul droit : la propriété, le terme étant bien sûr pris dans un sens beaucoup plus large qu'il n'est habituel de la faire. La propriété se divise alors en deux : celle qui s'exerce sur des biens corporels, et celle qui s'exerce sur des biens incorporels, c'est-à-dire

76) Roguin, op. cit. p. 674.

77) op. cit. p. 678.

78) Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1960.

79) Revue trimestrielle de droit civil, 1962 p. 573.

soit sur des droits intellectuels, soit sur des créances, soit sur des droits réels limités; la propriété n'est plus ainsi elle-même un droit réel; si elle est corporelle, elle est un droit direct sur une chose, si elle est incorporelle elle est un *droit sur un droit*.

“En résumé, notre théorie repose, on le voit, sur deux idées maîtresses: la généralisation de la notion de propriété, étendue aux biens incorporels, et notamment aux créances, d'une part; et, d'autre part, la notion du droit réel sur la chose d'autrui comprise comme un droit relatif, en vertu duquel le titulaire, propriétaire du droit réel, peut exiger une prestation, passive ou active, d'une autre personne déterminée.” 80)

Ainsi, pour M. Ginossar, une cession de créance est une vente ou une donation au plein sens du terme.

Il va de soi que, dans un tel système, l'opposabilité aux tiers des droits patrimoniaux est vide de sens.

L'ampleur de la prétention de M. Ginossar allait déclencher l'ironie d'une grande partie de la doctrine française. Parmi les auteurs qui réagirent immédiatement, on vit, et la chose ne manque pas d'intérêt, M. Louis Rigaud, qui reprit la plume à ce sujet cinquante ans après sa thèse et la querelle qui l'avait opposé à Roguin et aux Personnalistes.

“Il y a un demi-siècle, nous soutenions devant la Faculté de droit de l'Université de Toulouse, sous la présidence de son illustre doyen, Maurice Hauriou, la première de nos deux thèses de doctorat dont la conclusion tendait à la défense scientifique et au maintien de la distinction traditionnelle, utilisée dans l'enseignement juridique, du droit réel et de l'obligation, source d'un droit de créance. Si, en 1962, à la fin de ces cinquante années au cours desquelles l'approfondissement des théories juridiques n'a cessé de se développer malgré les perturbations amenées par deux guerres mondiales, la notion de droit réel apparaît toujours fondamentalement distincte de celle du droit personnel au sens de droit de créance chez la plupart des auteurs, si elle inspire toujours les traités de droit civil les plus récents qui ont réduit à son véritable rôle, en adoptant l'analyse présentée par nous, *la fameuse obligation passive universelle présentée à tort comme constitutrice de la notion de droit réel*, la recherche scientifique s'est poursuivie en France dans des directions secondaires, inséparables d'ailleurs à bien des égards d'une prise de position implicite sur le fond du problème que nous avons envisagé dans sa généralité à titre principal. Diverses thèses se sont succédées, consacrées spécialement à élucider les concepts de servitude, d'obligation réelle, propter rem ou scripta in rem, et un professeur de L'Université hébraïque de Jérusalem, M. S. Ginossar, s'inspirant de ces nouveaux travaux autant que du nôtre, croit avoir trouvé enfin la vérité et fait la lumière complète sur ce problème de la distinction des droits réels et de créance dans un petit volume, publié à Paris en 1960, dont l'ambition n'est pas moins que celle de “l'élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux.” 81)

Nous ne pensons pas ici nécessaire de nous attarder à l'analyse de l'article de M. Rigaud, qui concerne surtout la question de la théorie du *ius ad rem*, sur le fond de laquelle nous n'avons rien dit pour l'instant et que nous aborderons au niveau des tests.

80) Ginossar, *Droit réel, propriété et créance* p. 190.

81) Rigaud, A propos d'une renaissance du “*ius ad rem*” et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux, p. 557-558.

D'autres articles parurent à la suite des publications de M. Ginossar, dont certains furent beaucoup plus nuancés. Citons notamment celui de M. Jean Dabin à la Revue trimestrielle de droit civil de 1962 82).

Après avoir salué l'audace de l'expérience de M. Ginossar, M. Dabin lui reproche d'avoir finalement détruit le concept même de droit réel dont les fondements scientifiques semblent pourtant assurés 83). Il lui reproche aussi d'avoir continué paradoxalement à user du terme de propriété, car : "... si tout est propriété, il n'y a plus de propriété : le droit de propriété au sens spécifique s'évanouit." 84)

3. La question en Allemagne :

a — *notion générale d'histoire du droit privé allemand :*

Nous venons de tenter, par la voie d'un historique schématique, de montrer comment est apparue l'opposabilité aux tiers comme caractéristique apparente du droit réel, puis (par erreur), comme élément de définition, et quel usage les juristes en ont fait par la suite. Les aléas de la destinée de cette notion nous ont conduit à nous préoccuper essentiellement de la question en France (et en Suisse). Il nous reste à nous demander comment elle a été abordée en Allemagne, troisième pays dont le droit sert de fondement à notre réflexion.

Il ne saurait bien sûr être question de faire ici le tour du problème au travers du droit de l'Ancien Régime dans l'ensemble des Etats allemands dont l'histoire juridique est extrêmement complexe.

Pour nous en tenir à la période qui a immédiatement précédé l'unification politique de 1870, laquelle entraînera la naissance du BGB de 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900, et pour n'exposer tout d'abord que des généralités élémentaires, disons que quatre systèmes juridiques se partageaient alors le territoire de l'Empire.

Le premier était institué par le Code prussien de 1794 qui en quelques 17'000 articles codifiait tant le droit pénal que le droit civil et le droit commercial.

Le Code civil français était resté quant à lui en vigueur en Rhénanie et promulgué en 1809 dans le Grand Duché de Bade.

La Saxe avait institué pour sa part un Code civil (Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen) entré en vigueur le 1er mars 1865, et constitué d'anciennes coutumes saxonnes alliées à des normes de droit romain 85).

Partout ailleurs valait comme droit subsidiaire l'*usus modernus pandectarum*, c'est-à-dire un état moderne du droit romain reçu en Allemagne 86). C'est

82) Dabin, Une nouvelle définition du droit réel.

83) p. 20.

84) p. 27.

85) Wieacker, Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher, p. 412-414.

86) Wieacker, Die Ausbildung einer allgemeinen Theorie des positiven Rechts in Deutschland, p. 356-357.

Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, p. 204, ss.

Mitteis, Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, p. 310-311.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, p. 1-4.

là du moins la conception vulgarisée et simplifiée des vues d'une Ecole juridique allemande dont l'oeuvre est extrêmement complexe et sur laquelle il n'est pas opportun de s'arrêter ici. Comme l'écrit le Prof. Wesenberg, *l'Usus modernus* n'est pas que l'usage des Codes justiniens comme source du droit positif. Il se distingue des autres tentatives analogues en cela qu'il ne traite pas le droit particulier allemand comme une dérogation au droit commun (romain) mais le recherche dans la pratique juridique allemande et le considère comme une modification coutumière du droit commun 87).

Les plus brillants savants du XIX^{ème} siècle se rattachent à l'Ecole des Pandectistes, tels Jhering et Savigny dont l'oeuvre a déjà servi et servira encore notre réflexion. Toutes nos références à l'ancien droit allemand se rapporteront désormais à *l'usus modernus*.

b – l'approche des Pandectistes :

b – 1 : rappel Jhering – Savigny :

En illustrant d'exemples l'introduction au présent chapitre (chapitre III A introduction), nous avons été amené à présenter la pensée de Jhering sur la question de l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel. Nous avons vu que l'opposabilité aux tiers est bien pour lui une caractéristique fondamentale du droit réel, mais en cela seulement qu'elle n'est que le corollaire du principe démontré par lui en vertu duquel c'est la maîtrise directe de la chose qui caractérise l'essence du droit réel.

Nous avons encore repris le sujet de l'opposition de Jhering et de Savigny sur le même point en étudiant les diverses caractéristiques du droit réel, en particulier la maîtrise directe de la chose (chapitre III, A, 2).

Nous nous contenterons ici d'un simple renvoi.

b – 2 : Windscheid : le Personnalisme allemand

Quant à la doctrine personnaliste (théorie de l'obligation passive universelle fondant le droit réel par le fait de la nécessité absolue d'un sujet passif à tout droit), elle semble ainsi de prime abord n'avoir pas franchi les frontières allemandes. (Mise à part la longue polémique entre Roguin et Otto Gierke, professeur à Berlin, qui prétendit avoir émis bien avant Roguin la théorie des deux sujets de droit : ce dernier développe longuement le sujet dans la *Règle de droit* plus de trente ans après les événements 88).

Certains Pandectistes allemands furent en réalité marqués par le Personnalisme français et l'on ne peut l'ignorer pour une saine compréhension du droit allemand contemporain. Parmi ces auteurs, on se doit de citer l'un des plus célèbres : Bernhard Windscheid, lequel présida de 1874 à 1888, la première commission de rédaction du BGB, sur laquelle son oeuvre eut une influence décisive.

87) Wesenberg, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Schauenburg 1954.

88) p. 246 à 258 n. 177 à 180.

Dans les premières éditions de son très célèbre manuel de Pandectes, Windscheid ne fait aucune référence à l'existence de sujets passifs aux droits réels 89), (même si Roguin, dans la Règle de droit, voit en Windscheid un précurseur qui a posé une théorie voisine avec "réserve et hésitation" 90). Roguin ne cite d'ailleurs pas de références précises).

Dans les deux dernières éditions (7ème et 8ème) de son ouvrage, parues en 1891 et en 1900, Windscheid reprend à son compte la théorie personnaliste du sujet passif, mais il ne l'applique qu'à la propriété et il l'entend dans le sens suivant : l'objet de la propriété est une partie de la personnalité du propriétaire, et en cela elle se peut définir comme ce que les autres personnes ne peuvent atteindre 91).

c – La doctrine allemande contemporaine :

Les plus illustres spécialistes allemands contemporains des droits réels se sont totalement distancés des querelles du Personnalisme et, pour éviter ce qu'ils estiment souvent n'être qu'une querelle stérile, ils ont choisi de fonder leurs observations sur d'autres critères permettant d'exclure la question du sujet passif des droits réels. Exposons ici en quelques lignes, quitte à ce que notre démarche puisse sembler légère, ce qui nous semble être l'attitude adoptée par deux manuels de droits réels parmi les plus répandus actuellement en Allemagne, celui de M. Harry Westermann, et celui de M. Fritz Baur.

c – 1 : Westermann :

Nous avons déjà eu l'occasion de montrer que c'est à M. Westermann que l'on doit l'idée de fonder sa description du droit réel sur le concept d'affectation à un patrimoine (Zuordnung) (chapitre III, A, 3). Nous ne reviendrons pas sur cette notion.

Bien que donnant toute son importance au problème historique de la frontière à tracer entre droit réel et droit personnel 92), M. Westermann peut, par la théorie de la Zuordnung, poser un critère nouveau où la question de l'existence d'un sujet passif du droit réel est simplement sans objet.

c – 2 : Baur : l'ambiguïté de l'Absolutheit :

Plus classique dans ses conceptions, M. Baur fonde sa description du droit réel sur son caractère absolu (Absolutheit), mais il renouvelle à vrai dire totalement la notion par rapport à celle que connaissait Windscheid, Roguin ou les Personnalistes français.

89) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. La première édition du 3ème volume consacré aux droits réels paraît en 1870, alors que le 1er volume a déjà connu trois éditions en 1862, 1867 et 1870, et le deuxième deux en 1865 et 1869. Cela peut expliquer l'erreur de M. Ginossar qui confond 2ème et 7ème édition (Ginossar : Droit réel propriété et créance p. 5 n. 8 *in fine*).

90) Roguin, La Règle de droit, p. 77 n. 39.

91) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, p. 757-758, particulièrement n. 5 dans édition de 1891 et 1900.

92) Westermann, Sachenrecht paragraphe 1 p. 4 et 5.

Pour M. Baur, dire qu'un droit réel est absolu, ou, si l'on veut, opposable aux tiers, c'est dire que son titulaire peut l'invoquer *même contre un tiers de bonne foi*. Il prend de cela l'exemple suivant : 93) Si E est propriétaire d'un terrain et que A, de bonne foi, construise dessus une maison, E peut revendiquer son bien et *la bonne foi de A est sans importance*. C'est là qu'est le critère décisif.

Un peu plus loin dans son exposé 94), M. Baur n'hésite pourtant pas à faire sien l'opinion classique selon laquelle l'opposabilité aux tiers du droit réel (son caractère absolu) consiste à pouvoir être revendiqué *contre tous les tiers de mauvaise foi et non contre les tiers de bonne foi*, alors que le droit personnel ne peut être revendiqué *même contre les tiers de mauvaise foi*. La réflexion n'est donc plus cohérente.

Disons que la première proposée par M. Baur correspond à celle que nous avons retenue comme définition principale de l'opposabilité aux tiers (chapitre III, B, 3 c) et la seconde à celle retenue par extension selon l'usage courant (chapitre III, B, 3 d). M. Baur ne le dit pas expressément et sa conception reste ainsi ambiguë.

93) Baur, Sachenrecht, p. 25.

94) op. cit. p. 28-29.

CHAPITRE IV

EXCLUSION D'UNE DEFINITION : L'INOPPOSABILITE AUX TIERS DES DROITS REELS SANCTION DE DEVOIRS GENERAUX

A — Enoncé et profit :

1. Droits réels inopposables aux tiers :

Lorsque nous avons tenté de définir le concept d'opposabilité aux tiers, (chapitre III, B, 3) nous avons retenu cinq définitions divergentes recouvrant en partie le concept. Nous avons reconnu la cinquième d'entre elles comme pertinente *a priori*, mais comme ayant une nature très spéciale et interférente avec plusieurs des quatre autres. Nous avons renvoyé son étude à plus tard pour des raisons logiques, c'est-à-dire après que nous aurions étudié le rôle joué par l'opposabilité aux tiers dans la qualification du droit réel. Cette étude est maintenant possible.

Il est des situations où un droit réel est inopposable aux tiers parce que cette inopposabilité est la sanction de la violation par le titulaire du droit d'un devoir général, tel par exemple le devoir de bonne foi en affaire. Nous ne pouvons ignorer l'existence de ces cas qui entrent *formellement* souvent même dans notre définition principale de l'inopposabilité aux tiers; nous désirons cependant les exclure par avance de nos tests. Ils apporteraient en effet à la règle que nous éprouvons des exemples faciles de falsification, mais ces exemples seraient à notre sens non pertinents et nous aimerions dire en quelques mots pourquoi. Pour le reste, notre étude de l'action paulienne en donnera une illustration plus précise.

Notre démarche se situe, comme nous l'avons expliqué maintes fois déjà, au niveau épistémologique de la règle de droit, ce qui signifie en clair que ce que nous observons est la "*mécanique élémentaire*" de cette règle de droit, celle qui échappe à la volonté de l'homme. Lorsqu'une règle appartenant au niveau épistémologique du droit se trouve avoir des exceptions qui sont la sanction d'un devoir général imposé par la morale d'une certaine société, nous nous situons en dehors de cette mécanique élémentaire. Ces exceptions en sont justement des *correctifs* apportés consciemment par l'homme, qui tente ainsi d'échapper à ce que les contraintes de sa logique nécessaire ont de choquant.

Il est bien évident que la limite entre les cas où l'inopposabilité aux tiers d'un droit réel n'est que la sanction d'un devoir général et ceux où elle tient au mécanisme même de la règle (véritable cas de falsification) est extrêmement incertaine. C'est surtout à cause de cela que notre distinction, fondée sur les *causes* de l'exception, pourra sembler contestable, à plus forte raison que nous serons sans doute amenés à reconnaître nous-mêmes, au niveau des tests, comme pertinents des cas de falsification où l'idée de devoir général pourra sembler, à l'analyse, quelque peu sous-jacente. Les interférences de définitions dirons-nous, ne nuisent cependant pas à leur pertinence. Ces interférences correspondent

d'ailleurs, on le voit, à celles des trois niveaux que nous avons définis de la règle de droit.

Notons enfin que nous ne faisons nullement oeuvre de pionnier en distinguant ainsi les cas d'inopposabilité aux tiers des droits réels selon le critère de la cause qui fonde ces exceptions. Dans sa magistrale thèse défendue à Strasbourg en 1936, M. Alex Weill ⁹⁵⁾ a, le premier, utilisé cette méthode d'une façon tout à fait systématique.

Pour nous, on l'aura compris, il s'agit avant tout d'éviter ici un écueil logique important sur lequel nous pourrions inconsciemment être entraîné si nous ne le mettions pas immédiatement en lumière avant de nous livrer au fond de notre expérience.

Ce chapitre spécial de notre étude présentera de plus l'avantage de nous permettre d'entrevoir tous les terrains scientifiques qui jouxtent notre démarche.

Il nous permettra enfin également de nous pencher sur la nature de *l'action paulienne*, institution codifiée dès le droit romain et qui présente le plus grand intérêt dans notre perspective.

2. Droits personnels opposables aux tiers :

Les tests de notre partie d'étude systématique tenteront, nous l'avons longuement expliqué, de falsifier la règle émise, c'est-à-dire de mettre au jour des situations où un droit réel se trouve inopposable aux tiers. Une partie de ces tests tentera d'autre part une falsification *a contrario* de la règle, c'est-à-dire recherchera des cas où des droits personnels se trouvent opposables aux tiers. Il est évident que les exceptions de ce type contraire sont parfois, elles aussi, la sanction d'un devoir général; nous ne serions pas complet en négligeant de la signaler expressément. Nous renoncerons cependant ici à l'étude détaillée de ce point pour éviter d'allonger inutilement notre étude. Par leur nature, les créances civiles sont d'un nombre de types infinis en vertu du principe de la liberté des conventions (alors que les droits réels connaissent au contraire un *numerus clausus*) ce qui ne permettrait guère une étude suffisamment élargie pour qu'elle soit intéressante.

3. Plan:

Nous venons d'émettre une série de considérations sur ce que nous avons appelé *l'inopposabilité aux tiers sanction de devoirs généraux*. Nous ne nous sommes par contre guère occupé jusqu'ici de définir cette dernière notion. Notre second paragraphe sera consacré à l'élucider et en examiner les principaux exemples.

Un troisième paragraphe essayera de définir le contenu commun de tous ces devoirs généraux, ainsi que leur sanction, ce dernier point nous ramenant au coeur de notre sujet, alors qu'un quatrième et dernier, consacré à l'action paulienne, visera à illustrer tout le présent chapitre.

⁹⁵⁾ Weill, Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, particulièrement p. 178 à 188.

B — La notion de devoir général :

Pour éviter une trop longue diversion de notre sujet, nous nous efforcerons de limiter cette étude à ce qui est absolument nécessaire à la compréhension de notre sujet. Peu d'auteurs se sont jusqu'à ce jour penchés d'une façon très approfondie sur cette notion. Un bref article de M. Walter Yung paru dans les *Mélanges Schöenberger* en 1968 ⁹⁶) est à cet égard extrêmement intéressant. Bien que son objectif, qui consiste à établir des critères de distinction entre le devoir général et l'obligation puisse sembler assez loin du nôtre, sa réflexion inspirera assez largement notre présente démarche : ces critères de distinction sont d'ailleurs également d'excellents éléments de description des deux notions dans l'absolu. M. Yung écrit :

“... parmi les innombrables devoirs que l'ordre juridique impose, il en est une espèce bien délimitée, qui porte le nom, techniquement précis, d'obligation.” ⁹⁷)

Ainsi il y a l'ensemble des *devoirs juridiques* dont un type spécial et scientifiquement bien connu s'appelle les obligations. Les autres devoirs juridiques, encore très mal connus aujourd'hui, pourraient être qualifiés de *devoirs généraux* à charge pour les chercheurs futurs de les étudier plus précisément pour parvenir à les classer peut-être par sous catégories et à en constituer une théorie générale, parallèle à la théorie des obligations, entreprise dont M. Yung ne fait qu'ouvrir la voie.

Le premier critère proposé par M. Yung pour opérer la distinction des obligations et des devoirs généraux, ainsi que donner leur nom à ces derniers, est le caractère particulier des premiers et le caractère général des seconds : les obligations mettent nécessairement en relation des personnes déterminées, les devoirs généraux eux ont toujours des “créanciers” non expressément déterminés. ⁹⁸)

M. Yung esquisse alors un projet de classification des devoirs généraux basé justement sur le mode de détermination tant de leurs “débiteurs” que de leurs “créanciers” (nous mettons les deux termes entre guillemets car ils appartiennent en réalité au droit des obligations et nous ne les employons que par analogie).

Cela amène M. Yung à définir quatre grandes catégories de devoirs généraux. Ceux qui sont à la charge de tous les sujets de droit au profit de tous (par exemple la grande majorité des devoirs imposés par le droit pénal). Ceux qui sont à la charge seulement de personnes se trouvant dans une situation juridiquement déterminée, mais au profit de tous (c'est le cas par exemple du devoir du chef de famille ou des parents de surveiller leurs enfants : BGB § 832; art. 333 CCS; art. 1384 C. civ.). Certains devoirs généraux peuvent aussi être à la charge de tous envers certaines personnes déterminées, d'autres enfin ne sont qu'à la charge de personnes déterminées et en faveur de personnes également déterminées.

La source de ces devoirs généraux ne peut bien sûr en aucun cas être la volonté humaine, mais uniquement, si ce n'est la loi, du moins l'ordre juridique. Il en découle la difficulté de les distinguer parfois de certaines *obligations légales*. Nous avons classer l'obligation du père de famille de surveiller ses enfants au

⁹⁶) Yung, *Devoirs généraux et obligations*.

⁹⁷) Yung, *op. cit.* p. 163.

⁹⁸) *op. cit.* p. 164.

nombre des devoirs généraux; qu'en est-il alors de la dette alimentaire qui peut sembler lui être apparentée ? M. Yung nous propose un critère précis.

“... les devoirs universels ne sont pas, à proprement parler, des rapports de droit, ni entre une personne et un bien, ni entre une personne et une autre personne.” 99)

Il en découle que les “créanciers” d'un devoir général n'ont aucune action contre son “débiteur” en vue de l'exécution de devoir général, contrairement au créancier d'une obligation qui en a une contre son débiteur. Ainsi personne n'a d'action contre un père de famille pour l'obliger à surveiller son enfant, mais chaque créancier de la dette alimentaire a une action contre son ou ses débiteurs.

Pour ce qui est des devoirs généraux, ce n'est que leur violation qui peut faire naître un véritable rapport de droit entre des personnes déterminées, mais ce rapport là devient une obligation 100) (Pensons à notre exemple ci-dessus qui fonde la *responsabilité* du chef de famille ou des parents).

M. Yung ajoute enfin qu'il manque de plus aux devoirs généraux, certaines caractéristiques de la plupart des obligations comme la prescription, la renonciation etc., ce qui tient d'ailleurs à l'absence de sujets actifs et passifs déterminés. 101)

C – Contenu commun et sanction des devoirs généraux :

1. Contenu:

Comme il est apparu dans les quelques exemples de devoirs généraux que nous avons relevés, comme il apparaît dans la totalité des nombreux exemples de M. Yung, les devoirs généraux, pourtant très divers par leur nature, ont tous une *source commune*, un devoir général originaire que l'on peut sans grand risque identifier comme le *nemini laedere* des Romains. Alors que l'obligation peut découler de la volonté de l'homme, de son délit, de son enrichissement illégitime, etc., le devoir général, à quelque type qu'il se rattache, ne découle que de la plus générale des maximes à la base de la société organisée et qui oblige l'individu à la diligence, à la bonne foi, au respect d'autrui. C'est l'influence sur le droit d'une règle de morale sociale élémentaire, mais d'une règle plus forte, justement parce qu'elle est élémentaire, que celle que l'on rencontrerait dans une société déterminée seulement (les Romains la connaissaient aussi bien que l'homme moderne et pourtant, comme nous avons eu déjà l'occasion de le relever, aucune société n'était plus différente de la leur que la nôtre).

On peut ainsi se demander auquel des trois niveaux de notre schéma appartient cette injonction, le niveau sociologique, ou le niveau épistémologique. Un peu aux deux sans doute, dirions-nous au risque de sembler nous contredire. (Nous allons revenir sur ce point et peut-être nos hésitations et nos contradictions finiront-elles par être créatrice d'une réflexion nouvelle lorsque l'exposé de notre recherche sera suffisamment avancé).

99) op. cit. p. 166.

100) op. cit. p. 166.

101) op. cit. p. 167.

2. Sanction :

Comme le relève M. Yung, la sanction de la violation d'un devoir général consiste le plus souvent en la naissance d'une *obligation* délictuelle ¹⁰²) de réparer. Tel n'est pas toujours le cas : sans doute est-ce un devoir général que de ne pas conclure de conventions à objet immoral ; la sanction en est la nullité de telles conventions. Cette sanction peut aussi être l'inopposabilité aux tiers d'un droit réel (ou l'opposabilité aux tiers d'un droit personnel). L'illustration typique en est l'historique action paulienne, dans le cas précis où elle est utilisée par les créanciers d'un débiteur failli pour *revendiquer* une chose contre son *propriétaire* qui l'a acquise de mauvaise foi, ou alors dans des conditions légalement déterminées. Les catégories de devoirs généraux définis par M. Yung sont à cet égard extrêmement intéressantes. Si l'on dit que le droit de propriété de l'acheteur de mauvaise foi de la chose d'un failli est inopposable aux tiers, il s'agit d'un cas d'inopposabilité au sens propre ; mais qui sont les tiers ? *Exclusivement* les créanciers, c'est-à-dire un nombre de personnes par avance déterminé et qui ne sont potentiellement les représentants ni de l'universalité des sujets de droit ni d'une partie de cette universalité. Nous avons beaucoup insisté plus haut sur cette nuance à faire dans chaque cas (chapitre III - B - 2- c).

Ainsi, si ces tiers à qui le droit est inopposable ne sont qu'un très petit nombre déterminé de personnes, c'est parce que le devoir général de ne pas nuire n'existait qu'en leur faveur, et que, par contre, l'universalité des sujets de droit en était débitrice.

D – Réflexions complémentaires sur l'action paulienne :

1. Objectif :

Le présent paragraphe illustrera l'ensemble du chapitre consacré à l'inopposabilité aux tiers comme sanction d'un devoir général. L'étude de l'historique, ou plutôt de la genèse, de l'action paulienne, que nous nous proposons de faire très rapidement ici, vise plus que le but purement formel et habituel qui consiste à faire l'historique d'une matière traitée. Mieux que toute autre, l'étude de l'action paulienne, selon une méthode historique, permet de mettre en lumière ses fondements et de placer ainsi cette étude dans le cadre de la démarche du présent chapitre. Nous pourrions voir en quoi l'action paulienne est fondée sur l'idée de sanction d'un devoir général, comment son évolution a eu lieu et sous l'effet de quels phénomènes son contenu s'est modifié.

2. Les sources romaines :

Les ouvrages de vulgarisation du droit romain parlent volontiers de la création de l'action paulienne par le Préteur Paulus sous le Bas Empire. La réalité est beaucoup plus complexe. Le nom d'action paulienne ne lui a été donné que par les compilateurs de Justinien ¹⁰³). Elle est sans doute apparue beaucoup

¹⁰²) op. cit. p. 166.

¹⁰³) Girard, Manuel élémentaire de droit romain, p. 447 n. 2.

plus tôt : elle existait au temps de Labeon et sans doute même de Cicéron 104); mais cette apparition s'est faite en plusieurs étapes et n'a consisté l'ensemble de l'institution classique qu'assez tardivement. Elle n'a d'abord existé que sous la forme de l'interdit fraudatoire.

A la requête des créanciers et pendant un an utile à dater de la vente, le Préteur ordonne au tiers acquéreur de mauvaise foi de restituer les biens aliénés fraudandi causa. Sinon il accorde aux créanciers une action arbitraire pour faire condamner le tiers acquéreur à payer une indemnité égale à la valeur du fonds aliéné et des fruits pendants au jour de l'aliénation 105).

Ainsi l'interdit fraudatoire ne peut-il servir qu'à faire annuler l'acte de disposition sur une chose corporelle en rendant le droit de propriété, acquis de cette façon, inopposable aux créanciers de l'aliénateur. L'interdit fraudatoire 106) ne permet donc pas aux créanciers lésés de faire annuler les autres actes frauduleux de leur débiteur, tels les remises de dette, répudiation de succession solvable, ou acceptation de succession insolvable, refus de donation, etc.

L'élargissement de l'interdit fraudatoire à ces autres cas en fera l'action paulienne qui, dès sa constitution n'a, de ce fait, pas de réelle unité. Il en découlera un long débat sur sa nature qui, venant du Digeste, ne s'est jamais achevé. L'action a un caractère personnel selon les classiques 107). Justinien y voit une action réelle, surtout dans les cas où elle vise à faire révoquer l'aliénation d'une chose matérielle (cf. interdit fraudatoire) 108), c'est-à-dire en réalité une action ayant une dualité de nature ou, si l'on préfère, deux actions regroupées sous un même vocable. C'est là un point qui illustre particulièrement bien la marginalité de l'action paulienne par rapport à la logique d'un système dans laquelle on voudrait la faire entrer et où elle ne trouve aucune justification systématique : sa seule justification est d'ordre moral, elle est, nous l'avons vu, la sanction d'un devoir général.

Ajoutons encore un élément quant à l'évolution des conditions de fond ouvrant aux créanciers lésés l'action paulienne. Initialement, elle nécessite l'existence de deux intentions frauduleuses, celle du disposant et celle du bénéficiaire, qui en est ainsi le complice. Très vite, les jurisconsultes ont cependant pris l'habitude de distinguer le cas où le bénéficiaire avait profité de l'acte à titre gratuit et le cas où il n'en avait bénéficié qu'à titre onéreux 109), la condition de mauvaise foi de ce bénéficiaire n'étant nécessaire à fonder l'action paulienne que dans le second cas. On verra que les droits modernes ont encore élargi ces conditions de fond en même temps que sont apparues des différences dans les législations des divers pays.

Ainsi, au cours de son histoire, l'institution de l'action paulienne, à source sociologique profonde, si ce n'est épistémologique, a été remodelée par les influences sociologiques superficielles des groupes sociaux particuliers ainsi que par la volonté consciente des législateurs.

104) Cuq, Manuel élémentaire des Institutions juridiques des Romains, p. 587 no 6.

105) Cuq, p. 587. Girard, p. 448.

106) Cuq, p. 587.

107) Paul D. XXII, 1, 38 pr., 4 cité par Cuq p. 587 no 8.

108) Inst. IV, 6, 6 cité par Cuq, p. 587 no 8.

109) Cuq, p. 589.

3. L'action paulienne dans les coutumes de France:

a — les allusions dispersées dans l'oeuvre de Pothier:

Le droit des Etats allemands d'Ancien régime est proche du droit romain puisque lié à l'*Usus moderus*; l'étude de l'action paulienne dans ce droit nous intéresse donc assez peu, puisque faisant double emploi avec celle que nous venons de présenter. Les coutumes de France, par contre, plus fortement marquées par les droits germaniques, méritent que nous leur consacrons ici quelques lignes. Nous nous référerons pour cela à l'oeuvre de Pothier sur les coutumes d'Orléans dans l'édition classique qu'en a donné Bugnet sous la Monarchie de Juillet.

Disons d'abord que les allusions à l'action paulienne sont éparses dans l'oeuvre de Pothier et apparaissent dans chaque domaine particulier du droit où elle a l'occasion de s'appliquer, sans que, nulle part, l'auteur ne cherche à faire une synthèse de l'institution. Ainsi écrit-il dans son traité des successions:

Si un débiteur insolvable acceptait une succession notoirement mauvaise, de manière qu'il parût qu'il l'a fait en fraude de ses propres créanciers, je pense que ce serait le cas auquel les créanciers pourraient demander la séparation de ses propres biens d'avec ceux de la succession, en faisant rescinder cette acceptation, et l'obligation contractée par leur débiteur en fraude de leurs créances envers les créanciers de cette succession; car tout ce qu'un débiteur fait en fraude de ses créanciers peut être rescindé, même les obligations qu'il contracte 110).

Ailleurs, il appliquera ce principe à certains éléments des rapports pécuniaires entre époux 111), ailleurs encore au cas où un insolvable pratique une double vente 112).

Cet approche par allusions dispersées montre une fois encore l'absence d'unité formelle de l'institution dans le cadre de la logique d'un système juridique, son unité matérielle ne tenant qu'à son fondement éthique que nous avons mis en évidence.

b — droit de suite des créanciers ?

Un passage de la réflexion de Pothier sur l'action paulienne présente encore, dans notre perspective, un intérêt particulier. Dans son traité du contrat de vente, il analyse l'action paulienne comme un *droit de suite* des créanciers sur les meubles du débiteur.

Les créanciers, même chirographaires, peuvent aussi en un cas suivre les meubles de leur débiteur, qui ont été livrés à l'acheteur, savoir, lorsque leur débiteur, étant insolvable, les a vendus en fraude, et que l'acheteur a été participant de la fraude, ayant eu connaissance de l'insolvabilité de son vendeur 113).

La doctrine française moderne, nous l'avons vu (chapitre III - B - 3 - c - c 2), analyse le droit de suite comme la manifestation suffisante (mais non toujours nécessaire) de l'opposabilité aux tiers. Si l'on adopte son point de vue, on

110) Pothier, tome huitième, chap. V, p. 221.

111) tome septième, chapitre III, p. 227.

112) tome deuxième, chapitre II no 153, p. 72-73.

113) tome troisième, Vème partie, no 320, p. 133.

s'aperçoit que l'action paulienne est donc ici interprétée par Pothier comme un cas d'*opposabilité aux tiers d'une créance civile*. Il est intéressant de noter que cette créance opposable aux tiers se trouve être parallèle à un droit réel inopposable aux tiers, celui du bénéficiaire de l'acte de disposition. Etant donné que ce parallélisme tient à des raisons purement logiques, on peut aisément présumer qu'il n'est pas propre à l'action paulienne et que les éventuels cas de véritable falsification de notre règle pourront correspondre aussi au même schéma.

c — règle de fond de la coutume :

Quant au fond de la règle, Pothier voit, dans les coutumes d'Orléans, la survivance de la distinction romaine entre les actes de disposition à titre onéreux et les actes de disposition à titre gratuit, les seconds seulement exigeant la mauvaise foi du bénéficiaire pour donner naissance à l'action paulienne (au sens de l'interdit fraudatoire). Par deux fois il expose ce point, la seconde en parlant expressément d'action paulienne :

La donation des choses particulières n'oblige pas le donataire aux dettes du donateur.

Néanmoins, si, au temps de la donation, le donateur savait, ou devait savoir qu'il n'était pas solvable, ou que, par la donation, il ne lui resterait pas alors de quoi satisfaire ses créanciers, ceux-ci, en fraude desquels cette donation se trouverait avoir été faite, quand même ils ne seraient pas hypothécaires, pourraient la faire révoquer par l'action paulienne, quand même le donataire n'aurait pas eu connaissance de la fraude du donateur ; et en cela les donataires sont différents de ceux qui acquièrent à titre onéreux ; lesquels ne sont sujets à cette action que lorsqu'ils ont été participants du conseil de fraude¹¹⁴.

4. Les législations modernes :

Les trois législations modernes qui sont à la base de notre réflexion ont repris et développé l'action paulienne sous ses diverses formes. Les législateurs ont tenté de donner à l'institution une unité qui n'est bien sûr restée que formelle. On constatera, de plus, les différences apparues entre l'action paulienne de chacun des trois systèmes envisagés. Ces différences sont le fruit des influences sociologiques superficielles et de la volonté arbitraire et consciente des législateurs nationaux : nous nous bornerons à constater ces divergences qui se situent, on l'aura compris, en dehors de nos préoccupations.

Notre réflexion portera essentiellement sur les cas où l'action paulienne a la forme d'un cas d'inopposabilité aux tiers d'un droit réel (ou d'opposabilité aux tiers, parallèle d'une créance civile selon le schéma de Pothier) ou, si l'on préfère, où elle a le contenu de l'interdit fraudatoire du droit romain.

a — droit français :

a — 1 : Art. 1167 C. civ. :

Nous choisissons de commencer ici par le droit français, parce qu'il est celui où la norme a été exprimée de la façon la plus générale, laissant à la jurispruden-

¹¹⁴) tome premier, sect. IV, no 65, p. 370. Tome huitième, sect. III, no 137, p. 396.

ce et à la doctrine le soin de la préciser. L'art. 1167 C. civ. est ainsi rédigé. "Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits".

(Le terme d'*aussi* fait ici référence au précédent article du code définissant l'action oblique des mêmes créanciers, laquelle ne concerne pas notre sujet).

Le droit français connaît de plus quelques autres formes de l'action paulienne en droit commercial que l'on rencontre tant dans le code de commerce et dans les codes de procédure que dans des lois spéciales. Nous laisserons ces autres cas de côté.

Dans notre perspective étroite, où l'art. 1167 C. civ. recouvre l'interdit fraudatoire, les tiers à qui cette disposition légale rend un droit réel inopposable, sont les créanciers de celui qui, par ailleurs, a aliéné la chose (*ils* du texte de loi). Cette façon de présenter un cas d'inopposabilité aux tiers d'un droit réel permet particulièrement bien de définir qui sont les *tiers*; ce sont les créanciers de l'aliénateur qui ne sont les représentants potentiels ni de tous les sujets de droit ni d'une fraction d'entre eux, car le débiteur ne peut agir en fraude que des droits de ses *créanciers actuels*.

La systématique adoptée par le législateur français est également très intéressante. L'art. 1167 se situe dans la VIème section du chapitre consacré à l'effet des obligations, laquelle est elle-même consacrée à l'effet des conventions à l'égard des tiers. L'action paulienne de l'art. 1167 est présentée comme la deuxième exception à l'effet relatif des conventions consacré par l'art. 1165.

Ainsi le législateur français fait de l'action paulienne un cas d'opposabilité aux tiers d'un droit personnel, qui est parallèle à un cas d'inopposabilité aux tiers d'un droit réel. Nous retrouvons le schéma de Pothier.

a — 2 : condition de fond de l'action:

L'interprétation de l'art. 1167 C. civ., on l'imagine, a donné lieu à de multiples débats dans lesquels les opinions les plus diverses ont été exprimées. Nous n'étudierons bien sûr que celles qui concernent directement notre sujet.

Bien que le texte de la loi ne le dise pas expressément, la doctrine et la jurisprudence admettent que l'action paulienne n'est ouverte aux créanciers que dans la mesure où la fraude de leurs droits a eu pour effet un préjudice effectif¹¹⁵). Quant au sujet passif de l'action, s'il a soulevé de nombreux débats à propos de certains usages particuliers de l'action paulienne, il ne fait aucun doute qu'il s'agit de l'acquéreur de la propriété de la chose, bénéficiaire de l'acte frauduleux, lorsque l'action a pour contenu celui de l'interdit fraudatoire.

Mais par là nous arrivons à une première question fondamentale. Le texte de l'art. 1167 parle de la fraude du débiteur, en l'espèce ayant disposé de la propriété de la chose; doit-on ajouter la condition de la fraude du tiers bénéficiaire de l'acte pour fonder l'action paulienne, dans la mesure où justement elle est dirigée contre lui ? D'autre part, la loi parle de fraude du débiteur, mais cette fraude est-elle vraiment toujours nécessaire, même lorsque cela choque le sentiment d'équité ?

¹¹⁵) D. P. 1939 II 81, D. 1953 II 625, et notes de Radouant sous ces deux arrêts.

La doctrine du XIX^{ème} siècle a été divisée sur le sujet. Elle a repris à son compte dans son ensemble la distinction faite par le droit romain et l'ancien droit entre le cas d'aliénation à titre gratuit et le cas d'aliénation à titre onéreux, mais elle en a tiré des conséquences différentes. Citons ici deux des grands ouvrages classiques, tout d'abord celui d'Aubry et Rau, d'après la méthode de Zachariae.

Pour ces auteurs, lorsque l'aliénation a eu lieu à titre onéreux, la double fraude est nécessaire; lorsqu'elle a eu lieu à titre gratuit, aucune fraude n'est nécessaire ni du débiteur, ni du bénéficiaire.

L'action paulienne dirigée contre un acte d'aliénation ou de renonciation fait à titre gratuit ne requiert pas d'autres conditions que celles qui ont été précédemment indiquées. Elle doit être admise, même dans le cas où le débiteur n'aurait point eu l'intention de frustrer le créancier qui l'intente. A plus forte raison, le tiers contre lequel elle est introduite ne pourrait-il la repousser en se fondant sur ce qu'il n'aurait point été complice de l'intention frauduleuse du débiteur. Mais lorsque cette action est dirigée contre un acte à titre onéreux, elle exige la preuve d'un concert frauduleux entre le débiteur et le tiers avec lequel il a traité. Le créancier doit donc, en pareil cas, prouver d'une part, qu'en consentant à l'acte qui lui a porté préjudice (*eventus damni*), le débiteur avait l'intention de le frustrer (*consilium fraudandi ex parte debitoris*); et, d'autre part, que le tiers s'est rendu complice de l'intention frauduleuse de ce dernier (*fraudis non ignorantia ex parte tertii*). 116).

Aubry et Rau changent ainsi la nature de l'action paulienne, qui cesse d'être la sanction d'un devoir général et devient une norme d'équité corrigeant la rigueur de la loi. Leur interprétation est en réalité déjà très minoritaire au XIX^{ème} siècle. Un autre traité classique, celui de Laurent, combat cette doctrine et donne une interprétation de la loi conforme à la tradition romaine et aux coutumes de l'ancien droit.

Le tiers avec lequel le débiteur traite doit-il être complice de la fraude ? Si l'on s'en tenait aux termes de l'art. 1167, on pourrait croire que la loi se contente de la fraude du débiteur. Mais le texte doit être mis en rapport avec la tradition. Chose remarquable : la loi, dans son laconisme, reproduit à peu près les termes de l'édit du prêteur, lequel parlait aussi vaguement des actes faits en fraude des créanciers. Les jurisconsultes introduisirent une distinction : pour les actes à titre onéreux, ils exigèrent la fraude des deux parties contractantes, tandis qu'ils se contentèrent de la fraude du débiteur dans les actes à titre gratuit. Cette distinction, admise dans notre ancienne jurisprudence, doit encore être suivie sous l'empire du code, car c'est l'action paulienne du droit romain que le législateur moderne a consacrée. La distinction est d'ailleurs fondée en raison et en équité. Quand les créanciers attaquent un acte en vertu de l'article 1167, ils n'agissent pas seulement contre le débiteur, leur action est surtout dirigée contre le tiers avec lequel le débiteur a traité. Ce tiers est étranger aux créanciers; de quel droit viennent-ils le dépouiller du bénéfice de son contrat ? Leur action en nullité ne se justifie que par la fraude dont le tiers est complice. S'il est de bonne foi, aucun principe de droit ne justifie l'action que les créanciers dirigeraient contre lui; l'équité même plaide en faveur du tiers. 117)

C'est la position traditionnaliste de Laurent qu'a adoptée la Cour de cassation dans un arrêt du 8 février 1832 118). Cette décision a marqué définitive-

116) Aubry et Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie, tome 4, p. 135 à 137.

117) Laurent, Principe de droit civil français, tome seizième, p. 515.

118) S. 32, I, 184.

ment la jurisprudence, et la doctrine du XX^{ème} siècle n'a plus remis en cause les principes d'interprétation ainsi établis, 119)

a — 3 : nature de l'action :

Reste à examiner le sort fait par la doctrine et la jurisprudence françaises aux vieux débat commencé à Rome sur la nature juridique de l'action paulienne. On cite souvent à ce sujet une ancienne décision rendue à Amiens le 16 mars 1839 120) et qui établit le caractère réel de l'action paulienne, étant donné qu'elle a pour but de faire rentrer les biens du débiteur dans son patrimoine. (Il s'agissait en l'espèce d'un cas de revendication d'un objet vendu à vil prix, cas entrant bien dans notre hypothèse de l'interdit fraudatoire). Cette solution correspond à celle des *Institutes* de Justinien que nous avons cité plus haut 121).

Une intéressante décision de Grenoble, rendue le 2 mars 1875 considère l'action paulienne comme mixte : elle est personnelle dans son principe, car elle a pour cause la fraude du débiteur et réelle dans ses fins, car visant à faire rentrer un bien dans le patrimoine du débiteur 122).

La doctrine contemporaine s'est ralliée presque unanimement à la qualification d'action personnelle, motif pris du fait "qu'il n'y a d'action réelle que celle qui garantit un droit réel : or le droit de gage général des créanciers n'a pas ce caractère" 123). (Ce motif est par contre insuffisant selon MM. Mazeaud pour qualifier cette action en *revendication d'une chose corporelle* 124) de personnelle : ces auteurs optent ainsi résolument pour son caractère mixte).

La jurisprudence, quant à elle, s'est prononcée dans le sens de la doctrine majoritaire pour qualifier l'action paulienne de personnelle. Il faut citer à cet égard deux décisions : un jugement du Tribunal civil d'Albi rendu le 12 janvier 1955 dans la cause Alari contre Cathala 125) et surtout un arrêt de la Cour de Cassation du 16 mars 1954 126) dans l'affaire Société Namiac contre Georges Taponnier, affaire extrêmement complexe où la Cour avait à se prononcer préjudiciellement sur le caractère réel ou personnel de l'action paulienne aux fins de déterminer si le Tribunal civil de Saint Julien-en-Genevois était ou non compétent pour en juger en application de la Convention franco-suisse de 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile. Pour nous, le caractère personnel de l'action paulienne, même sous son aspect d'interdit fraudatoire ne devrait pas faire de doutes. Le seul titulaire d'un *droit réel* est le bénéficiaire de l'acte même s'il est le complice d'une fraude et il a simplement une *obligation* légale de transférer la propriété de la chose parce que son droit de propriété est inopposable à certains tiers déterminés. Ces derniers ont donc contre lui une action personnelle en exécution.

119) Planiol-Ripert (par Radouant), *Traité pratique de droit civil français*, tome VII no 931, Ponsard, Action paulienne, JCC art. 1167, fasc. 39, n. 148-149, p. 18-19.

120) S. 40, II, 10; D. P. 40II40.

121) Inst. IV, 6, 6.

122) D. P. 77, II, 208.

123) Ponsard, op. cit., n. 23 p. 5.

124) Mazeaud, *Leçons de droit civil* no 1001.

125) J. C. P. 1955 — IV — 66.

126) J. C. P. 1955 — II — 8618.

b – droit allemand :

b – 1 : sources formelles :

Si le législateur français s'est contenté, comme nous l'avons vu, de répéter d'une façon extrêmement imprécise une norme du droit romain, dont, par la suite, l'interprétation ne s'est guère écartée de ses sources historiques, le législateur allemand s'est, au contraire, saisi de l'institution et l'a remodelée à sa façon, lui donnant un contenu très précis qui ne laisse plus guère de place à la spéculation doctrinale ou à la création jurisprudentielle. La codification de l'action paulienne a fait l'objet d'une loi spéciale antérieure au BGB et appartenant au premier train d'unification législative qui a suivi l'unification politique, la "loi concernant l'action révocatoire des actes juridiques d'un créancier hormis dans le cas de la procédure de faillite" du 21 juillet 1879 (127) la même question dans la procédure de faillite ayant été réglée par les § 29 à 49 de l'ordonnance sur la faillite du 10 février 1877, (128) que nous laisserons ici de côté.

b – 2 : contenu :

Pour que l'action paulienne leur soit ouverte, les créanciers doivent dans tous les cas prouver que l'acte dont ils demandent la révocation (notamment la vente ou la donation d'une chose matérielle dans notre perspective) leur porte préjudice : c'est là une condition commune de toutes les formes de l'action paulienne. Pour le reste l'une des autres conditions suivantes doit également être remplie.

Est révocable tout acte juridique accompli dans le *but* de porter préjudice aux créanciers (§ 1 et § 3 ch. 1). La fraude n'est, dans tous les cas, nécessaire que chez l'aliénateur; et la bonne foi de l'acquéreur est sans importance. L'ensemble de la doctrine parle dans ce cas de *Delikt pauliana* (action paulienne délictuelle).

Sont, d'autre part, inopposables aux créanciers tous les actes de disposition à titre gratuit accomplis par le débiteur dans la dernière année (avant la saisie) (§ 3 ch. 3) sans qu'on ait à se poser la question de la bonne ou mauvaise foi des parties. Il s'agit alors de la *Schenkungs pauliana* (action paulienne relative aux cadeaux).

Sont aussi inopposables aux créanciers, tous les contrats passés par le débiteur avec son conjoint ou ses parents en ligne directe (§ 3 ch. 2) (c'est-à-dire les obligations qui en découlent) dans la dernière année, l'intention de fraude n'étant dans ce dernier cas nullement nécessaire, ni le caractère gratuit de l'acte quant aux obligations de l'autre partie. Sont enfin inopposables aux créanciers les actes de disposition du débiteur en faveur de son conjoint, accomplis dans les deux dernières années (§ 3 ch. 4).

b – 3 : conclusions comparatives :

Ce rapide exposé du contenu de la loi allemande sur l'action paulienne, qui n'a, bien sûr, nullement la prétention d'être exhaustif, nous permet une intéres-

127) Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechthandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens (Anf. G.).

128) Konkursordnung (KO) du 10/2/1877, (RGBl 1877 p. 351).

sante comparaison, celle d'une norme restée brute par rapport à ses sources sociologiques profondes, voire épistémologiques, la norme du droit français, et d'une norme analogue par laquelle s'expriment *en plus* les influences sociologiques superficielles et la volonté consciente d'un législateur, la norme du droit allemand. Ces dernières influences n'ont rien pu toucher au fond de la règle auquel nous avons consacré de nombreuses lignes : elles ont précisé sa portée pratique et défini précisément et arbitrairement le contenu des devoirs généraux en cause et de l'équité vus par un groupe social et un législateur déterminés (rôle du conjoint ou de la période d'un ou de deux ans etc.)

c – *Droit suisse* :

c – 1 : source et contenu :

L'action paulienne du droit suisse est l'objet du titre onzième (art. 285 à 292) de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) (loi antérieure au Code civil suisse mais postérieure à la loi allemande sur l'action paulienne, laquelle l'a influencée sur ce point).

Le contenu de l'action paulienne du droit suisse n'en reste pas moins original : le système de la LP, sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, a permis au législateur suisse de ne pas édicter des normes différentes pour la poursuite ordinaire et pour la faillite ; il lui a suffi de commencer par définir les sujets actifs de l'action (art. 285), soit tout créancier porteur d'un acte de défaut de biens provisoire ou définitif, c'est-à-dire tout créancier que les actifs du débiteur après saisie n'ont pu désintéresser, ainsi que l'administration de la faillite.

Ayant ainsi défini les titulaires de l'action, la loi définit ses conditions. (A noter ici qu'elle parle toujours de *nullité* des actes du débiteur mais que, de toute évidence, on doit entendre annulabilité ou mieux inopposabilité aux créanciers. Ce *lapsus* tient à la structure grammaticale de la phrase).

L'art. 288 rend inopposable aux créanciers tous les actes faits par le débiteur dans l'intention de leur porter préjudice. Contrairement, au droit allemand, le droit suisse (il s'agit ici de la *Deliktpauliana*) exige la *connivence* du bénéficiaire de l'acte. La jurisprudence a néanmoins précisé que le terme de connivence était inexact parce que trop fort : il suffit de la *faute* du bénéficiaire. 129)

Sont également inopposables aux créanciers toutes les donations et dispositions à titre gratuit faites dans les six derniers mois (art. 286) (*Schenkungs-pauliana*). La question de la bonne foi des parties ne joue ici aucun rôle.

La LP établit encore une série de cas où les actes du débiteur sont inopposables aux créanciers (art. 287) que la doctrine regroupe sous le vocable d'*Überschuldungspauliana* (action paulienne visant le surendettement). Ce sont les actes spécifiques énumérés accomplis dans les six derniers mois (gage constitué pour garantir une dette existante, paiement opéré autrement qu'en numéraire, paiement de dette non échue). La condition de la fraude n'est pas exigée, mais celle de la *faute* du bénéficiaire l'est ; cette faute est présumée et le bénéficiaire peut renverser cette présomption (art. 287 al. 2). Le législateur, on le voit, a joué de subtilité pour affiner la règle.

129) A T F 32 II 168.

Avec l'analyse du contenu de la norme du droit suisse, nous avons donc l'occasion de rencontrer de nouvelles variations de la règle dans ses niveaux supérieurs.

c — 2 : nature de l'action :

Nous avons longuement étudié la question de la nature de l'action paulienne dans la jurisprudence et la doctrine française. Nous nous devons au moins d'ajouter ici que la doctrine et la jurisprudence allemandes, que nous n'avons pas étudiées sur ce point afin de ne pas allonger inutilement notre exposé, comme la doctrine et la jurisprudence suisses, optent elles aussi pour un caractère personnel. Le motif de ce choix est le même que celui exposé en France par M. Ponsard déjà cité :

L'action révocatoire est véritablement une action personnelle. Elle ne porte pas directement sur la chose. Le créancier obtient le droit d'exécution de sa créance sur les biens soumis à l'action révocatoire. 130)

E — Conclusions :

A l'issue de ce long chapitre consacré à l'inopposabilité aux tiers des droits réels sanction de devoirs généraux, quelques remarques restent à faire, d'autant plus importantes que ce chapitre se trouve achever l'ensemble de la première partie de notre étude, et en définit toute la position théorique.

1. Eclaircissement d'un point théorique : contenu du niveau épistémologique de la règle de droit.

Tout d'abord, au fil des idées rencontrées et des situations abordées dans ce chapitre, nous avons été amené à traiter dans le concret une question théorique majeure de l'épistémologie juridique que la première partie de notre étude a essayé de construire, celle du contenu des *a priori* du niveau épistémologique de la règle de droit et de leur interférence avec ce que nous avons appelé les causes sociologiques profondes.

Nous avons parlé de causes sociologiques superficielles propres à un groupe social donné et de causes sociologiques profondes sans définir ces notions plus précisément, mais la logique de l'ensemble de notre démarche aura sans doute été suffisante à en éclairer le sens.

Les trois premiers chapitres de notre étude pouvaient laisser entendre, à première vue, que l'*a priori* juridique du niveau épistémologique était purement logique, tant nous avons combattu l'*a priori* de justice de Kant et de l'Ecole du Droit naturel menant à une conception moniste des sources matérielles du droit. Il est vrai que nous avons expressément dit aussi que l'*a priori* logique n'était pas le seul du niveau épistémologique de la règle de droit, et cela pour réfuter la démarche de l'Ecole de la logique juridique, (chapitre II - C - 2), mais, faute d'un matériel suffisant, nous avons alors renvoyé la question.

130) Favre, Droit des poursuites et A T F 50 I 384.

Avec les devoirs généraux, relevant de l'idée de justice, nous avons parlé de niveau sociologique profond, c'est-à-dire "presque" épistémologique. Par cette petite réserve, nous n'avons pas tenté d'échapper à une contradiction; nous avons simplement admis qu'il n'était pas tout-à-fait certain que *toutes* les sociétés humaines connaissent dans leur morale les mêmes devoirs généraux. Pour le reste, cela ne nous dérange nullement de rencontrer au niveau épistémologique de la règle de droit une idée élémentaire de la justice, car si nous avons constaté que l'*a priori* logique joue un rôle fondamental à ce niveau, nous n'avons pas pour autant défini ce dernier par rapport au concept de logique : est du niveau épistémologique de la règle de droit, tout ce qui dans son contenu est imposé par les *a priori* de la raison propre à l'espèce humaine. La nécessité de l'institution du *contrat*, pour reprendre une fois encore cet exemple, principe appartenant au niveau épistémologique s'il en est, ne relève ni de la nécessité logique, ni de l'idée de justice.

2. Rappel d'un acquis; parallélisme des droits réels inopposables et des droits personnels opposables aux tiers :

Nous nous contenterons ici de rappeler enfin qu'à l'occasion de l'examen du contenu de l'action paulienne (D - 3 - b) nous avons mis en lumière le parallélisme *logique* existant souvent entre une situation où un droit réel se trouve inopposable aux tiers et une situation où un droit personnel se trouve opposable aux tiers. Nous ferons usage de cet acquis dans le cours de notre étude systématique par tests.

3. Portée de l'exclusion :

Il serait inutile enfin de rappeler ici d'une façon détaillée le sens du présent chapitre et les motifs qui nous ont amené à exclure ainsi du coeur de notre réflexion un certain nombre de cas qui pouvaient de prime abord sembler en faire naturellement partie; nous avons eu l'occasion de nous expliquer assez clairement sur ce point. Il reste seulement à préciser que cette exclusion ne nous empêchera nullement de rester conscient du problème ainsi soulevé et d'y faire, dans notre étude systématique, toutes les références nécessaires.

DEUXIÈME PARTIE

Etude systématique

SECTION I

L'opposabilité aux tiers du droit de propriété mobilière

I – Considérations générales (rappel) :

Nous avons donc choisi de commencer la partie systématique de notre étude, consacrée à la mise à l'épreuve (testing), de notre règle par des tests portant sur le droit de propriété mobilière; le droit de propriété est le principal droit réel, et le droit de propriété *mobilière* se présente dans nombre de situations particulièrement intéressantes dans notre perspective, ce qui nous permettra d'aborder d'emblée plusieurs grands problèmes, parfois déjà soulevés par notre étude théorique, et sur lesquels nous n'aurons plus à revenir par la suite d'une façon approfondie.

On sait déjà, par l'exposé de notre position théorique, que l'opposabilité aux tiers d'un droit en soi et dans l'abstrait est une notion dépourvue de sens. Nos tests ne concerneront donc que des situations particulières spécifiquement et préalablement énoncées.

Quant au choix de ces tests, on sait déjà également qu'il sera guidé par des facteurs psychologiques non réductibles à une véritable analyse scientifique. Nous les choisirons selon *l'intuition d'un résultat négatif*, d'une falsification : c'est là l'application des principes de la logique que nous avons choisie et largement exposée.

II – L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire mobilier dans le cas du transfert *a non domino* :

A – Réflexions générales :

1. Signification d'une approche du transfert *a non domino* dans la présente étude :

Dans les divers tests liés au transfert *a non domino* que nous allons présenter, ce qui nous intéressera exclusivement sera l'opposabilité au tiers acquéreur du droit réel du propriétaire initial (*dominus*). Cela est une évidence, mais s'il

est pourtant utile de le rappeler c'est parce qu'il est d'un usage doctrinal général, en parlant du transfert *a non domino*, de traiter le sujet presque exclusivement sous l'aspect créateur de droit de ce transfert, c'est-à-dire en se plaçant du côté du tiers acquéreur que l'on s'efforce de définir avec un luxe de détails. Les législations ont d'ailleurs été fortement marquées par cette attitude scientifique (cf. mode de rédaction de l'art 933 CCS et de l'art. 2279 C. civ.).

C'est dire que nous consacrerons, pour notre part, fort peu de lignes aux thèmes traditionnels les plus importants du transfert *a non domino*, tels l'appréciation de la bonne foi du tiers, la notion de chose volée, le concept de chose fongible, etc... : tous ces thèmes sont parmi les plus traités du droit civil depuis bien des siècles et la naissance des codifications du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècle les a maintenus en pleine lumière ; aujourd'hui encore, il ne se passe pas de mois sans que plusieurs études nouvelles viennent s'y ajouter. Nous nous contenterons de nous référer aux opinions les plus marquantes sur la matière.

2. Qualification pragmatique :

La qualité d'opposabilité ou d'inopposabilité aux tiers acquéreur du droit du propriétaire initial dans le transfert *a non domino* se traduit par l'existence ou l'absence d'existence d'un *droit de suite* de la chose si l'on emploie la terminologie de la doctrine française que nous avons qualifiée de pragmatique, et la notion de droit de préférence n'a pas ici de signification.

3. Les tiers :

Parmi les diverses catégories de tiers que nous avons définies, les tiers du transfert *a non domino* sont ceux que le dictionnaire d'Henri Capitant définit comme les ayants cause à titre particulier (cité dans : Position théorique, chapitre III A 4).

Pour nous référer à la classification de M. Aussel, disons encore qu'il s'agit des tiers dans le transfert de droit¹³¹). Enfin, les tiers du transfert *a non domino* sont toutes les personnes susceptibles de devenir ayant cause à titre particulier du possesseur immédiat de la chose, c'est-à-dire potentiellement l'universalité des sujets de droit.

B — Tests de droit français :

1. Introduction :

a — double hypothèse :

En droit français, la question du transfert *a non domino* et de l'opposabilité au tiers acquéreur du droit du dominus se pose dans deux hypothèses distinctes correspondant à deux formes de la propriété dont l'une seulement est tenue pour

131) Aussel, op. cit. p. 110.

tout à fait parfaite par la loi. Cela est la conséquence des effets réels du contrat établis par le Code civil (disposition générale de l'art. 1138, répétée pour la vente par l'art. 1583, pour la donation par l'art. 938 et pour l'échange par l'art. 1703) qui crée une propriété n'ayant d'effets qu'entre les parties, la propriété à l'égard des tiers supposant en plus le transfert de la possession immédiate de la chose.

Les deux hypothèses peuvent donc s'énoncer ainsi. La première est celle dite de la *double vente*, où le dominus a acquis la propriété de la chose par l'effet du contrat (art. 1583, 938 ou 1703 C. civ.) mais n'a jamais eu sa possession immédiate. Le vendeur accomplit un acte juridique visant à conférer la propriété de la chose à un tiers second acheteur. Quid de l'opposabilité à ce dernier du droit de propriété du premier acheteur ?

La seconde est celle où le propriétaire a eu la possession immédiate de la chose à un certain moment, puis l'a perdue, soit à la suite de la remise de la chose par lui-même à une autre personne (prêt ou location), soit à la suite de sa perte ou de son vol. Le possesseur immédiat accomplit un acte juridique visant à conférer la propriété de la chose à un tiers. Quid de l'opposabilité à ce tiers acquéreur du droit de propriété du premier propriétaire ?

b — *rappel historique au sujet de l'effet réel du contrat* :

b — 1 : ancien et nouveau droit :

La règle instituant l'effet réel du contrat de vente et des contrats analogues en droit français est un lieu commun de la science du droit ; si nous nous permettons cependant de reprendre le sujet, cela tient au fait que nous aurons ici, et ensuite tout au long de notre étude, à approfondir l'intéressante confrontation de deux *traditions* juridiques opposées sur ce point pour mettre en lumière ce que leur différence implique quant à l'interprétation donnée de la règle que nous éprouvons et à la manière dont peuvent apparaître des cas de falsification. Il sera donc de première importance de garder à l'esprit les fondements historiques de cette différence.

En droit romain, et dans l'ancien droit français, les contrats du type de la vente n'avaient pour effets que de créer l'obligation du vendeur de transférer la propriété de la chose et celle de l'acheteur d'en payer le prix. Le transfert de la propriété avait lieu ensuite par acte formaliste en droit romain (*mancipio, in iure cessio ou traditio*, selon la nature de la chose) puis, plus tard, par remise de la possession immédiate de la chose. (Nous avons cité Pothier sur ce point plus haut : position théorique, chapitre III, B, 3, c, c — 1). Le droit allemand et le droit suisse ont maintenu ces principes alors que le Code Napoléon a rompu avec cette tradition et a donné à la seule volonté des parties le pouvoir de transférer la propriété.

b — 2 : vest et dévest de l'ancien droit ;

Dans notre perspective, il est surtout intéressant de rappeler les causes qui ont amené le législateur français à choisir un tel système : la première d'entre elles est d'ordre à la fois pratique et logique : le Code civil a visé à mettre fin à une pratique (ou à la rendre inutile en allant dans le même sens qu'elle si l'on

préfère) qui consistait à introduire dans les contrats de vente, particulièrement immobilière, une clause de style contenant l'affirmation, fautive le plus souvent, selon laquelle la tradition de la chose avait déjà eu lieu (clause dite de désaisine saisine ou de vest dévest.¹³²) Ainsi, l'usage était, par la seule volonté des parties, de passer outre l'exigence légale de la *tradition* de la chose et de transférer la propriété par l'effet du contrat. C'est à cette pratique que répond le texte de l'art. 1138 al. 2 lorsqu'il dit : "Elle (*l'obligation* de livrer la chose, mais en réalité la convention, nous allons le voir) rend le créancier propriétaire (. . .), encore que la tradition n'en ait point été faite". Cette formule paraît d'ailleurs étrange lorsqu'on ne la replace pas dans son contexte historique; elle est la légalisation de la clause contractuelle de vest dévest.

On remarquera ainsi que l'origine de l'effet réel du contrat de vente est dans ce que le législateur a estimé être une nécessité logique. A vrai dire, outre que cette nécessité est moins évidente pour la vente mobilière que pour la vente immobilière, elle n'existait, pour cette dernière, que dans un système ignorant une véritable publicité foncière. La propriété immobilière d'ancien droit se fondait sur le titre et la prescription ou sur la prescription seulement (Nous verrons que l'art. 2265 C. civ. est une survivance de ce système). Le droit français moderne de la propriété immobilière, fondé sur les règles de la publicité foncière, ne fait plus qu'un usage extrêmement limité de la notion de la possession immobilière, usage qui n'est guère plus important que celui qu'en font le droit allemand et le droit suisse. Ainsi l'art. 1583 C. civ. lu *a contrario* dispose que la propriété n'est "acquise à l'égard des tiers" (nous dirions opposable aux tiers) que dès que la chose a été *livrée*.

Ce dernier terme ne concerne plus que les meubles et a été de fait remplacé pour les immeubles par l'expression "dès que le contrat a été transcrit", le principe en est établi par les art. 28-I-a et 30 al. 1 du décret 55 - 22 du 4 janvier 1955.

b - 3 : transfert des risques (et profits) de la chose :

Nous avons dit que l'effet réel du contrat de vente avait été une constatation par le législateur français de ce qu'il avait considéré, à raison ou à tort, comme une nécessité logique. Disons aussi que sa *volonté* a existé de faire passer les risques de la chose à l'acheteur dès la conclusion du contrat en application de l'adage *res perit domino*. C'était là également la volonté des cocontractants qui introduisaient auparavant la clause de vest dévest dans leurs conventions, laquelle volonté correspondait donc à une nécessité sociologique de l'époque.

Notons ici que le législateur suisse de 1881 et de 1907 a adopté une voie moyenne entre le système du transfert de la propriété par tradition, à la façon ancienne, dont il a maintenu le principe, et le transfert par le seul fait du contrat qu'il a appliqué aux risques et profits (art. 185 CO et 204 CFO). Cette dernière solution est subtile faute d'être d'une parfaite cohérence.

b - 4 : nature et essence du contrat :

Remarquons encore que ce transfert instantané de la propriété est un troisième *effet du contrat* (et non de l'obligation comme le disent improprement

¹³²) Carbonnier, Droit civil, Les Biens, p. 130-131 no 40. Marty et Raynaud, Droit civil, Les biens, no 52, p. 62-63.

les articles 711 et 1138 C. civ.) les deux premiers étant justement de créer chacune des deux obligations synallagmatiques. La doctrine aime à dire que cet effet de transfert instantané de la propriété est dans la *nature* du contrat de vente (nous nous limiterons désormais à ce contrat) mais non dans son *essence*; 133) ce qui signifie que la règle habituelle est que le contrat de vente transfère instantanément la propriété, mais que le contrat qui, par l'effet de la volonté des parties ou par celui de la loi, ne la transfère pas immédiatement peut cependant être une vente. Le contrat dont l'objectif, par contre, ne serait pas un transfert de propriété ne pourrait en aucun cas être qualifié de vente car cet objectif est dans l'essence d'un tel contrat (c'en est un *élément de définition* nécessaire).

b — 5 : exceptions à la règle du transfert :

Un contrat de vente en droit français peut ne pas avoir pour effet instantané le transfert de la propriété; nous l'avons vu. Cela peut découler d'abord de la convention : l'art. 1584 al 1 C. civ. donne la possibilité aux parties de reporter les effets du contrat de vente (c'est-à-dire le transfert de la propriété à côté de la naissance des deux obligations caractéristiques) à l'intervention d'une condition suspensive, qui peut être, par exemple, la tradition de la chose et qui, dans la pratique, est le plus souvent le paiement intégral du prix par l'acheteur.

Cela peut découler aussi de la loi : l'art. 1585 C. civ. dispose que la propriété des fongibles n'est acquise à l'acheteur qu'après que ces choses ont été pesées, comptées ou mesurées, c'est-à-dire individualisées. On doit bien sûr ajouter le cas des choses de genre, lesquelles n'ont pas de maître selon l'adage, et dont la propriété n'est acquise à l'acheteur qu'au moment où elles ont été individualisées. 134)

On ajoute parfois encore que le non transfert instantané de la propriété peut découler de la nature spéciale du contrat impliquant que les parties ont voulu stipuler une telle condition. Un arrêt, pénal d'ailleurs, de la Cour de Cassation est intéressant à cet égard. 135) Il y est établi par la Cour que, dans les magasins dits "à libre service", la propriété de la chose choisie par l'acheteur au rayon ne lui est transférée qu'après son passage à la caisse et son paiement du prix, ce qui constitue justement une exception. (La Cour criminelle pouvait de ce fait qualifier de vol l'appropriation de marchandise sans dessein de la payer, ce qu'elle n'aurait pu faire si, comme le soutenait la défense, la propriété de la chose dérobée avait passé dès sa préhension à celui qui l'avait soustraite).

La doctrine s'est contentée de relever la solution ainsi établie par cette décision sans prendre position. La solution de la Cour de Cassation nous semble, pour notre part, discutable pour les raisons suivantes. Elle implique en effet, selon les principes de la théorie générale des obligations, que l'exposition de marchandise avec indication de prix est une *offre* (au pollicitation) adressée à des personnes indéterminées. 136) Cela n'est guère discutable : l'interprétation

133) Planiol et Ripert par Picard, les Obligations, p. 10-11. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. III no 898.

134) Ripert et Boulanger Droit civil, Obligations p. 469 no 1387.

135) Cass. crim. 30 mai 1958 : S. 1958, 1, 303.

136) Carbonnier, Droit civil, Les biens et les obligations p. 340 no 98.

comme une simple invitation à faire des offres, notion d'ailleurs discutée en France 137) serait choquante parce que permettant au vendeur de changer le prix à la caisse; cela serait de plus contraire à plusieurs dispositions du droit public.

Mais cette offre, à notre sens, n'est que conditionnelle et il n'y a *pas de véritable contrat* avant que l'acheteur ait payé la chose à la caisse : preuve en soit qu'il est d'usage tant en France qu'ailleurs de permettre à l'acheteur qui a pris la chose et l'a déposée dans son panier ou sa charrette de se raviser et de la remettre au rayon tant qu'il ne l'a pas payée.

Cela ne serait pas possible si, l'exposition de la chose étant une offre, sa préhension par le client était une acceptation. Ce qui est reporté au moment du paiement, ce n'est pas, comme le dit la Cour, le transfert de la propriété, mais bien la conclusion du contrat elle-même. Ainsi, il n'y a point ici de véritable exception à la règle du transfert instantané par l'effet du contrat (mettons à part le cas des rayons de fruits et légumes ou de boucherie, par exemple, établis à l'intérieur des supermarchés et où la marchandise individualisée au rayon ne peut être rendue pour des raisons pratiques évidentes).

Notons, en dernier lieu, que la doctrine la plus rigoureuse quant aux principes ajoute toujours que le report du transfert de la propriété, conventionnel ou légal, n'est pas une véritable exception à la règle de l'effet réel du contrat, car, quelque soit la condition ainsi stipulée, il n'en reste pas moins que c'est quand même par l'effet du seul contrat que la propriété sera transférée et jamais, comme dans les droits anciens ou du type allemand, par le fait d'un autre acte, solennel ou non; 138) c'est pourquoi nous avons nous-mêmes parlé d'exception à la règle du transfert instantané de la propriété par l'effet du contrat et non simplement d'exception à la règle du transfert.

2. Double vente :

Test no 1

a — Test et premières conclusions :

a — 1 : Enoncé et résultat formel du test :

L'hypothèse envisagée a déjà été énoncée dans nos réflexions générales; répétons la rapidement :

A est propriétaire d'une chose mobilière qu'il vend à B auquel la propriété est transférée du seul fait du contrat. Avant de faire tradition de la chose à B, A, qui en a la possession immédiate, la vend à C. Quid de l'opposabilité à C du droit réel de propriété de B ?

Si l'opposabilité aux tiers se définit pragmatiquement au premier degré par l'existence d'un droit de suite de la chose d'où découle un droit de la reven-

137) Carbonnier, op. cit. p. 344 b - 1. Contenant une étude de droit comparé franco-germano-suisse, M. Carbonnier se montre partisan d'une limitation de la théorie de l'appel d'offre (art. 7 CO) parce qu'elle peut amener à des pratiques commerciales choquantes.

138) Marty et Raynaud, Droit civil — Les Biens, no 53 p. 65.

diquer (nous ne préjugeons donc de rien pour l'instant quant à la définition à laquelle se rattache cette opposabilité parmi celles que nous avons établies), la réponse à la question que nous avons posée est évidente : elle découle de l'application de l'art. 1141 C. civ. ainsi rédigée :

“Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi”.

Cela signifie qu'il convient d'envisager plusieurs hypothèses. Si le tiers est de mauvaise foi, c'est-à-dire sait que le vendeur n'est ni le propriétaire, ni son mandataire ou l'ignore fautivement (nous nous abstenons d'entrer dans l'analyse classique de cette définition), le propriétaire bien que n'ayant jamais eu la possession immédiate de sa chose pourra opposer son droit au second acheteur. La doctrine dit généralement qu'on applique alors le principe énoncé par l'art. 1599 C. civ. et qui frappe de nullité absolue le contrat par lequel on dispose de la chose d'autrui et dont l'art. 1141¹³⁹⁾ (ainsi que l'art. 2279) n'est qu'une exception. (Une partie de la doctrine nie d'ailleurs le caractère *absolument* nul d'une telle convention : nous étudierons à ce sujet un article de M. Pierre Guiho dans le cadre de notre second test.¹⁴⁰⁾

Si, au contraire, le tiers est de bonne foi, le propriétaire ne pourra opposer son droit au second acheteur que jusqu'à cette tradition; au-delà, sa mauvaise foi sera sans effet en vertu de l'adage *mala fides superveniens non nocet* (ce dernier principe semble pourtant parfois mis en doute par la jurisprudence comme nous le verrons dans le test suivant)

a — 2 : justification systématique de ce résultat :

On doit remarquer tout d'abord que, pour la doctrine unanime, le second contrat entre l'ancien propriétaire et le second acheteur n'a pas pour effet l'acquisition instantanée de la propriété par ce dernier¹⁴¹⁾ Cela ressort d'ailleurs du texte clair de la loi. C'est là une véritable exception au principe de l'art. 1138, à laquelle ne se heurte même pas l'objection doctrinale classique étudiée plus haut selon laquelle c'est finalement le contrat qui transfère la propriété de son seul fait à l'échéance convenue. Ici c'est le transfert de la possession immédiate qui confère la propriété à C comme dans l'ancien droit. Nous avons donc bien affaire au titulaire d'un droit de propriété d'une part et à un tiers d'autre part.

Par la formule de l'art. 1141 C. civ., la loi prend le parti du second acheteur s'il est devenu possesseur immédiat mais elle exige de lui la bonne foi, ce qui montre qu'*a contrario* elle considère que, dans l'ordre naturel des choses, c'est la date du titre de propriété qui importe : ce qui peut se traduire aussi par l'idée que normalement le droit du propriétaire, c'est-à-dire le droit du premier acheteur, est opposable aux tiers.

139) Josserand, Cours de droit civil positif français t. II no 1690.

140) Guiho, Les actes de disposition sur la chose d'autrui, Rev. trim. de droit civil 1954 p. 1 ss.

141) Carbonnier, Droit civil — Les Biens, no 76, p. 265.

a — 3 : nature de ce cas “d’inopposabilité aux tiers” d’un droit de propriété :

Il est tout à fait conforme à l’usage terminologique courant de dire que nous aboutissons à la conclusion que le droit de propriété du premier acheteur est inopposable au tiers, en l’espèce au second acheteur de bonne foi, à qui a été transférée la possession immédiate ou *réelle* (synonyme généralement employé par la doctrine française pour se conformer aux termes du Code). Sommes-nous donc en présence d’un cas de falsification de la règle que nous éprouvons ?

Observons-nous ici vraiment un droit réel inopposable aux tiers ? A quelle catégorie, parmi celles que nous avons définies appartient l’inopposabilité aux tiers du présent cas ?

Le long exposé de notre position théorique, particulièrement au chapitre destiné à définir les éléments de notre règle, nous a amenés à donner par avance la réponse à ces questions concernant nos premiers tests les plus simples.

A aucun moment du processus qui a fait passer la propriété du premier au second acheteur, le propriétaire n’a été titulaire d’un droit inopposable aux tiers au sens propre. Tant que la possession immédiate de la chose n’était pas au second acheteur, le propriétaire pouvait lui opposer son droit en revendiquant la chose (droit de suite). Après ce transfert de possession, c’est la propriété même du premier acheteur qui avait disparu, d’où l’impossibilité de revendiquer.

Ce cas entre par contre dans l’extension de sens de l’usage courant constituant notre seconde définition dérivée. (position théorique, chapitre III, B, 3, d). L’acte juridique d’un tiers de bonne foi, suivi d’un transfert de possession réelle à ce tiers, a détruit la qualité du premier propriétaire pour revendiquer la chose en détruisant son droit même. Si l’on retient cette définition de l’inopposabilité aux tiers, il y a donc falsification de notre règle.

b — *réflexion sur l’inopposabilité aux tiers au sens dérivé* :

Comme nous avons eu l’occasion de le montrer dans notre approche théorique, il est inutile, parce qu’insuffisant, de dire qu’un cas étudié constitue une falsification de notre règle seulement dans la mesure où l’on donne à un de ses éléments un sens particulier, apparemment dérivé de son sens propre (chapitre III, B, 3, d, d-1). Il importe, par contre, d’établir la pertinence du lien existant éventuellement entre ce sens présumé dérivé et le sens propre de cet élément, ce qui est une condition nécessaire à la mise en lumière et à l’interprétation future du degré de falsifiabilité de la règle éprouvée. (Pour éviter d’allourdir la syntaxe de nos phrases, nous parlerons désormais fréquemment, sous une forme elliptique, de falsification au sens dérivé.)

Nous avons déclaré, au niveau de l’exposé de nos positions théoriques, renoncer à approfondir le sujet de ce lien de définition parce que cet approfondissement nécessitait justement une étude de cas concrets et nous avons renvoyé ce travail au moment où nous rencontrerions les premiers cas de falsifications dérivées dans notre étude systématique. Il est donc temps de poser les premiers jalons de cette analyse qui se poursuivra à la suite des tests postérieurs dont le résultat sera analogue. Il est évident que ce que nous pourrions établir maintenant restera un acquis, du moins pour tous les tests liés au transfert *a non domino*, et que nous n’y reviendrons plus si ce n’est par des renvois.

Comme nous l'avons initialement établi, c'est sous deux aspects qu'un lien de sens peut exister entre d'une part la définition propre de l'opposabilité aux tiers d'un droit, laquelle suppose l'*existence* de ce droit et l'impossibilité de le faire valoir contre les tiers, et, d'autre part, la définition dérivée où la disparition du droit, selon des processus particuliers, empêche naturellement son ancien titulaire de le faire valoir : le premier de ces aspects est le problème que nous avons appelé de la *situation intermédiaire* (chapitre III, B, 3, d, d-2) : peut-on voir une ressemblance entre l'opposabilité aux tiers d'un droit, qui est la totale impossibilité de son titulaire de le faire valoir contre les tiers, et la situation caractéristique d'affaiblissement d'un droit qui peut amener son titulaire à ne pas être en mesure d'empêcher sa disparition ? Le second aspect est le problème que nous avons qualifié de *survivance du droit* : (idem d-3) ne trouve-t-on pas quelquefois des traces d'existence du droit censé avoir disparu et, si oui, que peut-on en déduire ?

Les résultats désormais connus de notre présent test vont nous permettre d'apporter quelques premiers éléments de solution ou du moins de réflexion à ces problèmes.

b — 1 : situation intermédiaire :

De tout ce qu'il a déjà été dit, il est aisé de déduire que la question de l'analogie de l'opposabilité aux tiers du droit de propriété et de la situation que nous avons qualifiée d'intermédiaire est sous-tendue par le débat entre Jhering et Savigny sur le lien existant entre le droit réel et la possession. Pour Jhering, l'opposabilité aux tiers et la *situation intermédiaire*, généralement caractérisée par l'absence de possession immédiate de la chose, sont de même nature parce que se définissant comme l'*absence d'une qualité essentielle du droit*. Pour Savigny au contraire, les deux situations sont sans rapport, ce que nous appelons la *situation intermédiaire* n'étant qu'une question de fait sans pertinence juridique.

Nous ne nous attacherons guère, du moins pour l'instant, à cet aspect théorique du sujet et nous porterons notre attention sur une première réalité tout-à-fait pratique du problème, nous réservant de reprendre l'analyse d'une façon plus approfondie dès que nous aurons à notre disposition le résultat d'autres tests.

Si B acheteur, devenu propriétaire, apprend l'existence d'un contrat de vente entre A son vendeur et un tiers C portant sur sa chose avant que sa possession réelle n'ait été transférée à C, que B peut-il faire pour empêcher la mort de son droit ? Revendiquer la chose contre A. B peut ici se heurter à des obstacles pratiques, mais aussi à des obstacles juridiques (la chose peut être restée entre les mains de A en vertu d'un contrat de bail ou de prêt).

B peut aussi informer C du fait que la chose qu'A s'est engagée à lui remettre ne lui appartient plus, et faire ainsi cesser sa bonne foi; mais B peut fort bien ignorer qui est C tout en ayant la certitude de l'existence du contrat entre A et C. Aucun moyen n'existe permettant au propriétaire d'un meuble de publier l'existence de son droit de façon à bénéficier de la foi publique. On voit ainsi qu'il peut arriver dans certains cas bien particuliers, si un certain nombre de conditions spéciales sont remplies, que les possibilités du propriétaire de faire valoir son droit et d'empêcher ainsi sa disparition soient totalement paralysée.

Nous nous approchons dans ces cas de notre définition principale de l'inopposabilité aux tiers du droit.

b - 2 : survivance du droit :

Ici également nous n'aborderons pour l'instant qu'un des problèmes concernant ce que nous avons appelé la *survivance du droit* après le transfert apparent de la propriété.

L'art. 1141 C. civ. exige du tiers second acheteur qu'il soit de bonne foi pour pouvoir acquérir un *nouveau* droit de propriété sur la chose en détruisant le droit du premier acheteur (les termes d'*acquisition d'un nouveau droit* et de *destruction de l'ancien droit* sont conformes à l'avis de la doctrine majoritaire pour qui l'acquisition de la propriété *a non domino* est une acquisition *originnaire* et non dérivée.¹⁴²⁾

Comment la bonne foi du tiers second acheteur peut-elle apparaître ? En droit français, comme d'ailleurs dans les deux autres droits qui nous occupent, la loi présume la bonne foi et charge celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver (art. 2268 C. civ.).

Le fardeau de cette preuve, dans le cas qui nous occupe, est particulièrement lourd pour le propriétaire premier acheteur, à tel point qu'il échoue le plus souvent dans son administration.

Il va exister ainsi des cas où le tiers second acheteur C sera de mauvaise foi mais où le premier acheteur B sera dans l'impossibilité d'en rapporter la preuve. Si l'on applique dans ce cas le texte de la loi de la façon la plus rigoureuse, on doit considérer que C n'a acquis qu'une *apparence de droit* de propriété alors que B est titulaire de la vraie propriété qu'il ne peut lui opposer. On peut rétorquer ici que l'apparence emporte la réalité et que, si B n'est pas en mesure de prouver la mauvaise foi de C, il a bel et bien perdu son droit alors que C en a acquis un nouveau. C'est aller trop vite en besogne, car si, plus tard, B se trouvait mis en état de prouver la mauvaise foi de C, son action de revendication "renaîtrait" aussitôt.¹⁴³⁾ Cela suffit à démontrer que pendant tout le temps qui a séparé le moment où C a acquis la possession immédiate de la chose et celui où B a été en mesure de prouver sa mauvaise foi, la propriété de B a subsisté : l'esprit humain est ainsi fait qu'il sait que rien ne naît du néant et que tout ce qui a un effet quelconque participe de l'Etre.

On doit bien sûr se demander si cette situation où B est resté propriétaire après le transfert à C, parce que celui-ci était de mauvaise foi et n'a acquis de ce fait qu'une apparence de droit, peut se perpétuer éternellement.

Excluons le cas où une quatrième personne de bonne foi acquiert de C la propriété de la chose : cela nous renvoie à notre second test, et contentons-nous du cas où C est resté propriétaire apparent de la chose. Jusqu'à quand cette situation peut-elle durer ? Contrairement aux droits allemand et suisse, le droit français nous offre un élément de réponse. L'art. 2262 C. civ. dispose que toutes les actions en justice se prescrivent par trente ans sans que celui qui l'invoque puisse tirer argument de la mauvaise foi du défendeur. En droit allemand et en

142) Marty et Raynaud, Droit civil – Les Biens, no 410 p. 400.

143) Marty et Raynaud, Droit civil – Les Biens, no 395 p. 385 *in fine*.

droit suisse, l'argument fondé sur la mauvaise foi est imprescriptible et nous en étudierons les très intéressantes conséquences. On simplifierait bien sûr la question d'une façon abusive en disant d'emblée que dès qu'à teneur de l'art. 2262 C. civ., c'est-à-dire à l'échéance trentenaire, il n'est plus possible au propriétaire de rapporter efficacement la preuve de la mauvaise foi du défendeur propriétaire apparent, ce dernier acquiert vraiment la propriété, alors que le vrai propriétaire initial la perd. Dès l'époque romaine, les juristes ont découvert des droits non sanctionnés par une action de justice : c'est le cas, par exemple, de toutes les créances qu'il est convenu d'appeler naturelles et dont font partie, justement, toutes les créances *prescrites*.

Nous sommes là au coeur de la problématique épistémologique : nous venons de dire que tout droit qui a un effet quelconque est nécessairement pourvu de l'existence; dans une perspective kantienne, nous ajouterons que la règle est *alternative* : tout droit qui existe a nécessairement un effet quelconque, même s'il n'est que purement potentiel, parce que l'esprit ne peut concevoir l'existence de ce qu'il ne peut en aucune façon percevoir et il n'est de réalité dans l'absolu et imperceptible. Les créances dites naturelles ne sont pas sanctionnées par une action en justice, mais elles ont cependant certains effets que chacun connaît, tel celui de pouvoir être *valablement* exécutées par leur débiteur.

Nous prétendons, pour l'heure, que la propriété du premier acheteur de la chose mobilière acquise par un second acheteur de mauvaise foi trente ans plus tard, au moment où l'action potentielle en revendication a disparu, n'a plus *aucun* effet et, dès lors, qu'elle n'existe plus : à ce moment l'apparence est devenue réalité.

A noter d'emblée, comme nous le verrons dans le test suivant, que certaines décisions de la jurisprudence, ainsi que certains avis de doctrine, peuvent amener à une conclusion différente parce que reconnaissant des effets éternels à ce droit du "véritable" propriétaire. Nous pouvons nous abstenir d'étudier pour l'instant cette question qui nous entrainera d'ailleurs dans un domaine où la science voisine la spéculation pure, si ce n'est l'étrange.

Pour conclure quant à l'étude de ce premier point concernant ce que nous avons appelé la survivance du droit, laquelle supposerait donc l'existence d'un droit de propriété inopposable aux tiers, trois remarques s'imposent. La première, toute générale, est la simple constatation que nous rencontrons des cas où notre règle est falsifiée, du moins formellement, là où nous sommes partis d'une situation qualifiée d'inopposabilité au sens dérivé : nous pouvons donc constater un premier lien de définition, plus fort encore que celui que nous avons observé dans ce que nous avons plus haut appelé la *situation intermédiaire*.

En deuxième lieu, il faut noter un élément très important de ce cas d'inopposabilité aux tiers du droit de propriété que nous avons relevé : il s'agit nécessairement d'une inopposabilité aux tiers *temporaire*; si elle est devenue définitive, c'est que le droit n'existe plus et, par conséquent, le cas n'est plus pertinent dans notre perspective.

Enfin, et en troisième lieu, nous devons mettre en lumière ici ce qui est une objection extrêmement sérieuse à la pertinence de ce cas de falsification de notre règle. Ce que, dans ce cas, nous avons appelé l'inopposabilité aux tiers du

droit de propriété est la conséquence d'un principe tout-à-fait général de tout ordre juridique, celui des conditions nécessaires pour faire la *preuve* de ses droits. Or, il est évident que ces conditions sont sans rapport avec la nature et la qualification du droit que l'on veut invoquer.

Nous avons exclu, à la suite d'une étude spéciale, l'inopposabilité aux tiers sanction de devoirs généraux comme non pertinente pour falsifier notre règle; sans doute pourrait-on ici nous objecter qu'il eût été tout aussi utile de le faire également pour l'inopposabilité aux tiers du fait de l'absence de moyens de preuve puisqu'il s'agit là aussi, d'une "inopposabilité" dont le fondement tient à un principe général du droit tout-à-fait étranger à la question de la qualification des droits patrimoniaux. Si une personne doit une certaine somme d'argent à une autre et que celle-ci n'a pas, provisoirement, le moyen de les prouver, son droit d'agir contre le débiteur est paralysé : cela ne tient en rien au fait que la créance du prêteur d'une chose fongible est un droit personnel. Celui qui a prêté un corps certain lui appartenant invoque un droit réel en le revendiquant. S'il ne peut apporter la preuve de son droit, celui-ci est paralysé de même. Si l'on parle ici d'opposabilité, on fait varier le sens du terme du droit vers le fait.

Nous tiendrons compte par la suite de cette objection de fond dont on voit facilement pourtant d'emblée qu'elle ne rend pas vain le problème soulevé.

3 — Chose confiée, perdue ou volée

Test no 2

a — Hypothèse :

L'hypothèse est ici la suivante : A est propriétaire d'une chose mobilière dont il a la possession immédiate. Il perd ensuite cette possession en faveur de B soit, d'une part, en la transférant lui-même en exécution d'un contrat de prêt ou de bail, soit, d'autre part, à la suite de la perte ou du vol de sa chose. B dispose alors de la chose par contrat de vente ou de donation en faveur du tiers C. Quid de l'opposabilité au tiers C du droit de propriété de A ?

On voit d'emblée que cette hypothèse est très voisine de celle précédemment étudiée de la double vente, où le vendeur, encore possesseur réel, est la personne à qui la chose est confiée : notre second cas ne semble s'en distinguer que par le fait que le propriétaire a déjà eu la possession immédiate de la chose à une certaine époque.

Quant aux rapports existant entre ces deux dispositions légales, thème très largement traité par la doctrine, c'est un sujet qui nous intéresse moins directement. Nous ne pouvons cependant pas ignorer tout à fait ce qu'il en est dit généralement. Contentons-nous de rappeler que pour une partie de la doctrine, la norme de l'art. 1141 C. civ. concernant la double vente est une *lex specialis* par rapport à celle de l'art. 2279. D'autres auteurs répondent qu'une telle norme spéciale est inutile puisqu'elle consacre la même solution que la norme générale; dire, d'autre part, que l'art. 1141 est un cas d'application du principe énoncé à l'art. 2279 ne rend celui-là guère plus utile. La réalité est en fait que l'existence de ces deux articles tient plus à des causes historiques qu'à des causes systématiques et logiques. 144)

144) Voir à ce sujet Marty et Raynaud, Droit civil — Les Biens, no 418, p. 412-414.

Notons, à ce propos, que, paradoxalement, c'est la norme spéciale (ou d'application) de l'art. 1141 qui sert, sur un point, de norme interprétative à celle de l'art. 2279. En effet, ce dernier article ne dit pas que, pour être protégé, le tiers acquéreur doit être de bonne foi. C'est pourtant une condition que jamais personne n'a contestée et nombre d'auteurs s'appuient pour l'affirmer sur l'identité de motif de l'art. 2279 et de l'art 1141 lequel affirme expressément la condition de bonne foi du tiers 145).

Pour le reste, nous nous abstenons de reprendre ceux des thèmes précédemment étudiés qui se retrouvent dans ce second test, tel, par exemple, celui de l'absence de transfert de la propriété aux tiers du seul fait du contrat (dérogation aux art. 1138, 1583 C. civ. etc...), ou tel celui que nous avons appelé de la *situation intermédiaire* (b, b-1). Nous nous contenterons ici d'exprimer la norme positive apparente de la façon utile à notre expérience; après quoi, nous tenterons d'en esquisser rapidement les fondements historiques, avant d'arriver au fond même du test consistant à résoudre la question : sommes-nous devant un cas de falsification de notre règle ?

b — Norme positive :

Le Code civil règle la question par les art. 2279 et 2280 dans les diverses hypothèses possibles. Il en découle ceci quant à l'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire (nous employons ici de nouveau le terme d'*opposabilité* dans un sens courant restant à préciser par rapport à nos définitions) : le droit du propriétaire est opposable à tous les tiers de mauvaise foi ainsi qu'aux tiers de bonne foi si la chose a été perdue par le propriétaire ou lui a été volée depuis moins de trois ans, et si, dans ce dernier cas, l'acquéreur ne l'a pas achetée dans une foire, dans un marché, dans une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles, car, dans ces hypothèses, le propriétaire ne conserverait le droit de revendiquer sa chose qu'à charge d'en payer le prix versé par le tiers acquéreur. *A contrario*, le droit du propriétaire est inopposable à tous les acquéreurs de bonne foi lorsqu'il a lui-même confié sa chose ou lorsqu'il en a, d'une autre façon, perdu la possession immédiate depuis plus de trois ans.

c — Fondements historiques :

La genèse de l'art. 2279 C. civ. est bien connu des juristes : il n'est pourtant pas inutile de rappeler les grandes lignes de l'histoire de cette norme "tout de même singulière qui aboutit à protéger le possesseur contre le propriétaire dépossédé" 146).

Cela nous permettra de mieux comprendre, par la suite, l'ensemble de l'institution du transfert *a non domino* des trois droits modernes qui servent de base à notre étude (l'historique restera valable pour les droits allemand et suisse plus récents). Nous pourrions enrichir ainsi de nouveaux éléments notre réflexion sur l'ensemble des tests du présent chapitre que nous consacrons à des cas liés au transfert *a non domino*.

145) Marty et Raynaud, op. cit. no 394 p. 384. Gross, Prescription, choses mobilières, commentaire JCC des art. 2279-2280 C. civ. n. 54 p. 10.

146) Gross, op. cit. n. 4, p. 4.

c – 1 : droit romain :

Le droit romain connaît tout un système d'interdits possessoires, qui protègent le possesseur, mais il n'y a en principe pas de conflit possible entre les interdits possessoires et le droit du propriétaire. Deux maximes dont l'une est la conséquence de l'autre sont applicables ici; la première *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, qui exclut le transfert d'un droit sur la chose par qui n'est pas propriétaire et *ubi est res mea vindico* qui donne au propriétaire un droit de revendication en principe illimité 147).

Le droit romain connaît néanmoins la prescription de la propriété (usu-capio), qui est de trois ans dans le droit de Justinien 148). Passé ce délai, le propriétaire perd simplement son droit et, par conséquent, son action en revendication.

c – 2 : coutumes germaniques et droit médiéval :

C'est dans les coutumes germaniques, puis dans le droit commun du Moyen-Age, que l'on rencontre la notion de *Gewere*, maîtrise de fait sur la chose qui donne son efficience à la propriété mobilière (on remarquera d'emblée la parenté de cette notion avec celle du futur concept de possession chez Jhering, que nous connaissons déjà).

Dans sa thèse de Zurich de 1969, M. Robert Winkler donne de cette *Gewere* une excellente description que nous nous permettons simplement de reproduire ici.

“La première apparition de la présomption de droit découlant de la possession se trouve dans le droit germanique du Moyen-Age. Selon ses conceptions juridiques, les droits réels, pour être opposables à tous, doivent aussi être extérieurement reconnaissables par tous (principe de publicité). Le moyen de publication de ce droit était la *Gewere*. Il s'agissait d'une maîtrise effective sur la chose et en même temps de la forme générale sous laquelle se présentait le droit réel.

La *Gewere* avait différents effets :

1 – L'effet de droit matériel consistait en cela que la *Gewere* était le moyen de disposer du droit réel.

a) l'acquisition de droits réels supposait la remise de la *Gewere*.

b) la *Gewere* légitimait son titulaire à transférer le droit, de sorte que le droit sur la chose était fondé par son acquisition *même dans des circonstances où le vendeur n'aurait pas été en droit* d'en disposer.

2 – L'effet processuel s'exprimait en cela que la *Gewere* dispensait son titulaire d'avoir à prouver son droit.

Dans un conflit au sujet du droit, elle le mettait dans une situation de procédure plus favorable. Car aussi longtemps que l'absence de droit ne pouvait être prouvée, le titulaire de la *Gewere* était tenu pour l'ayant droit.” 149)

Les coutumes germaniques resteront, on le sait, la source pratiquement unique du droit jusqu'au XIII^{ème} siècle et c'est de ce temps que date la fameuse maxime “meubles n'ont pas de suite”, qui consacre le principe absolu de la *Gewere*.

Le XIII^{ème} siècle va connaître la renaissance du droit romain et c'est ainsi, au cours du temps, que sera réintroduite la revendication des meubles contre

147) Girard, Manuel élémentaire de droit romain, p. 37.

148) Gross, op. cit. n. 3 p. 4.

149) Winkler. Die Rechtsvermutungen aus dem Besitz, p. 15-16.

les tiers 150). La maxime “meubles n’ont pas de suite” est maintenue dans la coutume mais il prend un sens tout à fait différent : elle signifie désormais “meubles n’ont pas de suite pas hypothèque”; c’est le principe de la prohibition de l’hypothèque mobilière.

c — 3 : synthèse de la jurisprudence du Châtelet :

Aux XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles, les inconvénients de la revendication mobilière apparurent clairement dans une société où le commerce se développait sur une large échelle. On tenta d’y remédier par diverses techniques, telle le raccourcissement du délai de prescription par usucapion, lequel était souvent ainsi différent d’un parlement à l’autre. Dès le début du XVIII^{ème} siècle en tout cas, il fut d’usage d’admettre que la possession réelle d’un meuble en faisait présumer la propriété d’où la dispense de l’acquéreur de prouver son droit 151). Selon le jurisconsulte Bourjon, dans son ouvrage de 1747 152), on doit à la jurisprudence du Châtelet de Paris d’avoir franchi le pas et fait la synthèse romano-germanique en consacrant le principe selon lequel la revendication n’était plus possible lorsque le propriétaire avait confié sa chose à une personne qui devait ainsi être considérée comme en ayant valablement disposé. La maxime “meubles n’ont pas de suite” signifiant alors la prohibition de l’hypothèque mobilière, on dut en créer une autre qui fut “en fait de meuble la possession vaut titre”. C’est le texte même de cette maxime qu’ont repris les auteurs du Code civil.

On comprend ainsi facilement, après l’étude de cette genèse, la structure et le contenu de cet ensemble de règles du Code civil. Tout d’abord le principe romain est affirmé par l’art. 1599 : la vente de la chose d’autrui est nulle (c’est la maxime : *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Le principe en reste applicable pour les choses perdues et les choses volées (art. 2279 al. 2), sous réserve de l’usucapion de trois ans conforme au droit de Justinien. L’art. 2279 al. 1 reprend la jurisprudence du Châtelet modérant la règle romaine et créant une exception en faveur du tiers acquéreur de bonne foi; cette exception a ses sources lointaines dans la Gewere du droit germanique.

c — 4 : note complémentaire sur l’art. 1599 C; civ. :

Il est ici le lieu d’évoquer brièvement une question peu traitée mais intéressante dans notre perspective en cela qu’elle se rattache directement au problème épistémologique que nous connaissons bien de l’*existence* par opposition à l’*opposabilité* d’un droit.

L’art. 1599 C. civ., conforme à sa source romaine, frappe de nullité la vente de la chose d’autrui. Le *contrat* n’a donc pas d’*existence* au sens de la loi. La jurisprudence admet pourtant que cette nullité (cette absence d’existence) n’est que relative, et cela dans le but d’affirmer la validité de la vente de la chose d’autrui lorsque le vrai propriétaire la ratifie 153).

150) Rusconi, L’action pétitoire fondée sur la possession p. 95-96.

Gross, op. cit. n. 3 p. 4.

Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil t. II no 2813 ss.

151) Rusconi, op. cit. p. 96.

152) Bourjon, Le droit commun de la France, Paris 1747.

153) Cass. civ. 26 juillet 1926 D. H. 1926, 434.

Nous savons que l'existence dans le relatif est une monstruosité logique et que seul les *effets* de l'existence peuvent être relatifs : il conviendrait donc de dire que le *contrat* de vente de la chose d'autrui est valable, a des effets lorsque le propriétaire le ratifie, mais n'en a en principe pas dans les autres cas ; quels sont ces autres cas ? La doctrine s'est peu préoccupée de ce problème nécessitant une étude rigoureusement logique. On doit à M. Guiho d'avoir établi le premier une véritable théorie générale des actes de disposition sur la chose d'autrui (154). Pour lui, l'art. 1599 C. civ. est une bizarrerie de l'ordre juridique et l'hostilité du législateur aux conventions portant sur la chose d'autrui l'a amené à émettre une norme qui n'a guère d'utilité.

On doit d'abord admettre l'existence et la validité du contrat de vente de la chose d'autrui, puisque, comme nous l'avons vu, elle possède certains effets. Ce contrat, pour M. Guiho, doit alors être envisagé sous l'aspect de deux séries de rapports dont le personnage central est l'acheteur : d'une part ses "rapports avec le *verus dominus*, rapports extérieurs à l'acte et, d'autre part, les rapports entre les parties, défini par l'acte lui-même" (155).

Quant aux premiers de ces rapports, il est évident qu'ils se caractérisent par l'inefficacité, ou l'inopposabilité, de l'acte au *verus dominus*, mais cela découle déjà d'une façon suffisante de l'art. 1165 C. civ. qui établit le principe de l'effet relatif des conventions (156).

Quant aux deuxièmes rapports découlant de l'acte lui-même, à quoi cela sert-il que le droit les caractérise par l'absence d'effets ? On objecte généralement que l'acte ayant pour objet la vente de la chose d'autrui est entaché d'immoralité (157). Cela est faux : si quelquefois les mobiles du vendeur sont immoraux, l'objet du contrat en soi ne l'est jamais. Une personne peut fort bien vendre une chose ne lui appartenant pas encore mais dont il est convenu qu'elle s'emploiera à l'acquérir. C'est la solution brute de l'art. 1599 frappant de nullité ce contrat, qui serait, dans ce cas, contraire aux principes de l'équité. Pour M. Guiho, le contrat de vente de la chose d'autrui fait naître à charge du vendeur "*l'obligation d'acquérir la chose pour la transmettre*" (158).

Cette obligation n'est pas une de celles normalement définies par la loi comme découlant du contrat de vente, mais rien n'empêche de la faire découler de la volonté de parties vu le genre de contrat en application du principe de la liberté contractuelle (159). La jurisprudence l'a d'ailleurs implicitement admis en ne considérant pas comme nul le contrat "par lequel une personne déclare *expressément* s'engager à acquérir une chose d'autrui pour la transmettre à une autre personne" (160).

La solution ainsi proposée ne crée aucun problème en droit allemand ou en droit suisse : cela tient au fait que, dans ces droits, le contrat n'a pas pour effet

154) Guiho, Les actes de disposition sur la chose d'autrui, Rev. trim. de droit civil, 1954 p. 1 ss.

155) Guiho, op. cit. no 5, p. 4-5.

156) idem, p. 5.

157) idem, p. 5 *in fine*.

158) op cit. p. 21.

159) op. cit. no 32, p. 22.

160) Guiho, op. cit. no 32 p. 23. Cass. civ. 8 janvier 1866, D. 1866, 1, 61 : S. 1866, 1, 99.

de transférer la propriété 161). En droit français, qu'en est-il alors du moment de l'effet réel du contrat de vente de la chose d'autrui ? Pour M. Guiho, le problème n'est pas aussi insurmontable qu'on veut bien le dire, tant l'analogie est grande avec le contrat de vente portant sur des choses de genre 162). Le transfert de la propriété a lieu au moment où le vendeur l'a lui-même acquise et il ne sert que d'intermédiaire, à la façon d'un mandataire, entre le propriétaire et l'acheteur, à moins qu'une forme différente de transfert n'ait été stipulée par les parties.

d — *La voie de la doctrine et de la jurisprudence : question de la survivance du droit*

d — 1 : énoncé de la solution apparente

Nous avons établi, sous lettre b, que les art. 2279 et 2280 C. civ. rendaient le droit du propriétaire d'un meuble inopposable à tous les acquéreurs de bonne foi lorsqu'il a lui-même confié sa chose ou lorsqu'il en a perdu, contrairement à sa volonté, la possession immédiate depuis plus de trois ans. Avons-nous à faire ici à un cas d'inopposabilité au sens propre ? Notre règle est-elle ainsi falsifiée ? La réponse première que l'on doit apporter à ces questions est évidente. Comme dans notre premier test, nous sommes hors de notre définition principale de l'inopposabilité aux tiers d'un droit. Tant que la personne B, à qui le propriétaire A a confié sa chose, n'en a pas transféré la possession immédiate à C, A peut la revendiquer, et, dès que ce transfert a eu lieu, c'est le droit de A qui a disparu lui-même. Il en est de même des choses perdues ou volées, à la seule différence que cette disparition du droit de A est reportée à la fin du délai de 3 ans qui court à partir de la perte ou du vol de la chose.

Cette solution, qui semble tout d'abord aller de soi, n'est pourtant pas aussi évidente pour le lecteur attentif de la doctrine et de la jurisprudence qui traitent de la grave question théorique du sort du droit du *dominus* dans le transfert de la propriété *a non domino*, du fondement et du processus de sa "disparition". C'est là un sujet fort complexe que la doctrine et la jurisprudence française ne sont jamais arrivées à traiter d'une façon parfaitement cohérente. Nous devons cependant lui consacrer, pour notre part, une étude attentive car il est au coeur même de nos préoccupations. Il ne s'agira plus ici, comme dans le premier test concernant la double vente, de traiter d'un éventuel cas spécial et marginal de falsification de notre règle par l'absence de moyen de preuve de la mauvaise foi du tiers (le sujet ne nous semble pas mériter d'être repris ici); il s'agira de savoir si, dans *tous les cas* de transfert *a non domino*, il y a vraiment disparition instantanée du droit du *dominus* ou si, au contraire, il n'y a, pour un temps du moins survivance d'un droit devenu inopposable aux tiers.

d — 2 : aperçu d'avis de doctrine :

— la théorie de la prescription instantanée :

Guidés par la systématique du Code¹, certains auteurs considèrent que le transfert de la propriété *a non domino*, par la remise de la possession réelle de

161) Guiho, op. cit. no 33 p. 23.

162) op. cit. no 34, p. 24.

la chose à l'acquéreur de bonne foi, a pour effet la *prescription instantanée* du droit du *dominus* 163).

D'autres auteurs objectent à cette conception que la notion même de prescription instantanée est une absurdité, puisque le concept de prescription contient l'idée d'écoulement du temps 164).

— la théorie de la présomption irréfragable de propriété (Josserand)

L'ouvrage classique du doyen Josserand semble défendre l'opinion selon laquelle *le tiers n'acquiert pas à proprement parler la propriété par le transport a non domino* mais une *présomption irréfragable de propriété*: 165) ainsi, le *primus dominus* resterait à tout jamais titulaire d'une propriété désormais inopposable aux tiers parce qu'il aurait perdu simplement son action en revendication. C'est du moins ce que comprend généralement la doctrine 166) à la lecture d'un texte qui, à vrai dire, manque singulièrement de clarté; malgré sa relative longueur, il convient que nous reproduisions ici le paragraphe du traité de Josserand dont la doctrine titre cette conclusion :

"La présomption de propriété établie au profit du possesseur est absolue. — Le revendiquant ne serait pas même admis à prouver que, tout en réunissant les conditions requises pour l'application de l'article 2279, paragraphe 1, le possesseur n'est cependant pas propriétaire du meuble. Décider autrement serait ruiner l'autorité de la maxime traditionnelle et ouvrir la porte à des contestations qu'elle tend à prévenir; ce serait séparer de vive force les deux notions de possession et de propriété que le législateur a voulu unir, en matière mobilière et dans l'intérêt de cette propriété même, pour la sûreté du commerce; enfin, ce serait faire échec à la disposition de l'article 1352 qui attribue une force absolue à la présomption légale lorsque, sur son fondement, la loi dénie l'action en justice. Telle est bien l'hypothèse: la loi établit une présomption de propriété en faveur du possesseur, et sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en revendication contre lui; nous sommes dans les termes mêmes de l'article 1352: la présomption de propriété inscrite dans l'article 2279 paragraphe 1 est une présomption irréfragable 167).

Certains auteurs négligent à cette manière de voir que la disposition légale ne se contente pas d'édicter une présomption, mais qu'elle rend directement propriétaire le possesseur de bonne foi qui a acquis *a non domino* 168).

A notre sens, l'erreur de Josserand, si tant est que sa théorie a bien le contenu qu'on lui attribue et qu'elle semble avoir, tient à ce que son raisonnement saute simplement une étape. Il est vrai que l'article 2279 alinéa 1 C. civ. institue une *présomption*, celle que le possesseur immédiat de la chose mobilière en est le propriétaire: cette présomption existe en faveur des tiers *pendant le temps qui s'écoule entre la prise de possession par le non propriétaire* et le moment où il confère la propriété de la chose à un tiers par tradition. Cette

163) Demolombe, Cours de Code Napoléon, tome IX no 622.

164) Beudant et Lerebourg-Pigeonnière, Cours de droit civil français, tome IV (par Voirin) no 724.

165) Josserand, Cours de droit civil positif français, tome premier, particulièrement n. 1634-1635 p. 812-814.

166) Gross, op. cit. n. 6 p. 4.

167) Josserand, op. cit. no 1634 p. 812-813.

168) Gross, op. cit. no 6 p. 4 cf. aussi Marty et Raynaud, droit civil. Les biens no 391 p. 380 qui écrivent: "Pourquoi d'ailleurs parler de présomption lorsque la solution est établie directement et de façon irréfragable."

présomption n'est pas à proprement parler irréfragable, puisque la propriétaire peut toujours prouver son droit tant que le transfert *a non domino* de la propriété n'a pas eu lieu. C'est là ce que disent les décisions que Josserand semble ne pas comprendre lorsqu'il écrit à la suite du passage que nous avons cité :

"... on est surpris de relever, dans des décisions judiciaires, émanées de tribunaux, de cours d'appel, de la Cour de cassation elle-même, des affirmations dans le genre de celles-ci : "la présomption de l'article 2279 peut être détruite par la preuve contraire"; ou "la présomption établie par ledit article n'est qu'une présomption simple" (Nancy, 30 déc. 1891, D.P. 1892, 2, 441)." 169)

Après le transfert de la propriété *a non domino* par tradition de la chose, il est bien entendu que le propriétaire ne peut plus la revendiquer, et la jurisprudence citée ne dit pas le contraire : lorsqu'elle parle de présomption, elle envisage la situation antérieure à la tradition. Après cette tradition, comme l'écrivent Messieurs Marty et Raynaud dans le passage précité en note, c'est la notion même de présomption qui est dépourvue de sens puisque l'on est alors dans une situation de droit *objective* (une présomption est une situation de droit *subjective* en cela qu'elle donne qualité à une *personne*, le sujet, ou à un groupe de personnes, pour considérer l'existence d'une certaine situation de droit même contrairement à la vérité objective).

Bien qu'il semble d'emblée aisé, en l'état actuel de la science juridique, de réfuter la thèse de Josserand, il est fondamental de rappeler ici la conséquence théorique majeure qu'aurait son acceptation : pour ce qui concerne notre recherche, nous devrions admettre que tous les cas de transfert *a non domino* sont des exemples de falsification de notre règle dans son sens propre par le phénomène général que nous avons appelé de la *survivance du droit*.

Cette façon de penser serait tout à fait contraire à la réflexion épistémologique sur le droit que nous essayons de fonder ici parce que celle-ci refuse d'admettre l'existence de droits subjectifs n'ayant aucun effet, faute pour la raison humaine d'être en état de percevoir l'existence de tels droits; nous l'avons expliqué longuement déjà. Nous devons savoir pourtant que ce mode de raisonnement a très profondément marqué tant la jurisprudence que la doctrine : nous allons en retrouver de nombreuses traces tout au long dans nos tests.

d — 3 : la jurisprudence :

— l'arrêt Fay contre Zacarelli :

La jurisprudence française a peu eu d'occasions de se prononcer sur le sort du droit du *dominus* dans le transfert *a non domino*. La Cour de Cassation l'a fait d'une façon non équivoque mais singulière dans l'arrêt Fay contre Zacarelli rendu le 5 octobre 1972 170). Cette décision a amené diverses prises de positions critiques de la doctrine mais n'a guère reçu d'appui total 171).

L'affaire peut se résumer ainsi : Zacarelli, propriétaire d'une automobile, la confie avec ses papiers à un acquéreur éventuel pour essai. Celui-ci, commettant un abus de confiance, la vend au garagiste Fay et la lui livre. L'affaire prend un

169) Josserand, op. cit. no 1634 p. 813.

170) D. S. 1973, 2, 1 : J.C.P. 1973 II 17485.

171) Note signée des initiales B.V. dans D.S. et note de M. Alain Bénabent dans J.C.P. L'arrêt a été commenté dans la Revue trimestrielle de droit civil (1973 p. 149) par M. Jean-Denis Bredin.

tour pénal : l'auteur de l'abus de confiance est inculpé et les policiers chargés de l'enquête préliminaire contraignent Fay à rendre le véhicule à Zacarelli invoquant que s'il le gardait il se rendrait coupable de recel (article 460 du code pénal). Fay rend alors la voiture à Zacarelli. L'affaire pénale achevée, Fay agit en revendication contre Zacarelli invoquant la propriété de la chose qu'il a acquise conformément à l'article 2279 du Code Civil. Le demandeur est débouté par le Tribunal de Grande Instance, puis par la Cour de Nîmes (arrêt du 14 mai 1970). Il se pourvoit enfin en Cassation : son pourvoi est rejeté par la première Chambre Civile le 5 octobre 1972.

— les motifs de la Cour :

Avant de présenter les motifs de la Cour suprême, il est nécessaire de rappeler un premier point de droit pénal spécial qui les sous-tend.

L'article 460 du code pénal punit "ceux qui, sciemment, auront recelé, en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit." La jurisprudence considère que l'adverbe *sciemment* doit s'entendre ici dans un sens large et qu'en matière de recel est également coupable celui qui, apprenant *après coup* que la chose qu'il détient provient d'un crime ou d'un délit, la garde en sa possession ¹⁷²). Ainsi, contrairement aux principes généraux, en matière de recel *mala fides superveniens nocet*. Cette jurisprudence constante est d'ailleurs très fortement contestée par la doctrine ¹⁷³).

Pour cette raison, le garagiste en cause était obligé de se défaire de la voiture, mais, contrairement à l'avis qui lui était donné par la police, il n'était nullement obligé de la remettre à Zacarelli (le *primus dominus*) : il pouvait la placer sous main de justice, ce qui lui en aurait laissé la possession médiate (article 198 de la circulaire d'instruction générale commentant l'article 99 du code de procédure pénale); il pouvait aussi la confier à un tiers constitué séquestre "pour compte de qui il appartiendra" ¹⁷⁴) ce qui lui aurait aussi conservé la possession de la chose. Il a commis l'erreur de remettre le véhicule à son premier propriétaire et la Cour de Cassation s'est alors contentée de relever que, dès lors, il n'en avait plus la possession et que nul ne saurait invoquer l'article 2279 du Code Civil s'il n'est possesseur.

— analyse de ces motifs :

Pour des raisons de pure équité, il peut sembler choquant de permettre à un tiers de revendiquer une chose que son "propriétaire" a actuellement en sa possession simplement parce que, dans un bref moment du passé, ce tiers s'est trouvé dans une situation propre à lui permettre d'acquérir la propriété de la chose, à plus forte raison lorsque cette situation était le fruit d'un acte criminel. La Cour a pu être amenée à tenir compte de cet argument irrationnel et à chercher à le justifier *a posteriori* par un cheminement logique.

Pour arriver à dénier au garagiste Fay le bénéfice de l'article 2279, d'autres moyens pouvaient se présenter, comme le note M. Bénabent ¹⁷⁵). On peut

¹⁷²) Cass. crim. 10 août 1878; D. 1879, 1, 43. Cass. crim. 7 juillet 1944; J.C.P. 1947 II 3410.

¹⁷³) Voin, D. 1947, chron. 81. Bénabent, J.C.P. 1973, note sous 17 485 n. 18.

¹⁷⁴) Solutions proposées par Bredin, op. cit. p. 149.

¹⁷⁵) Bénabent, op. cit. no 3-4.

tout d'abord se demander si une voiture automobile est bien une chose mobilière ordinaire : c'est en effet un meuble immatriculé dont le nom du propriétaire est inscrit sur un registre. La jurisprudence admet déjà que pour les avions, les navires et même les bateaux de plaisance, leur immatriculation sur des registres publics exclut l'application de l'article 2279 du Code Civil (170). En vérité, l'immatriculation d'une automobile a, jusqu'à ce jour, une fonction purement administrative et de police et non de publicité des droits privés. On peut dire pourtant que la qualité de meuble immatriculé d'une automobile donne aux tiers une nouvelle source de renseignements et que, dès lors, sa bonne foi est plus difficile à admettre (l'appréciation de la bonne foi par les juges du fond est une question de fait qui lie, il est vrai, la Cour de Cassation.)

La Cour de Cassation aurait pu songer aussi à assimiler l'abus de confiance à un vol et, en application de l'article 2279 *alinéa 2* du Code Civil, à exiger l'usucapion de trois ans (177). Une telle jurisprudence aurait vidé, il est vrai, l'article 2279 presque totalement de son contenu puisqu'elle aurait impliqué la nécessité de la bonne foi du disposant pour qu'il puisse s'appliquer.

La Cour a donc préféré s'appuyer sur l'argument en vertu duquel l'article 2279 Code Civil ne peut être invoqué que par le possesseur actuel. Les conséquences de cette décision sont extrêmement graves et, avec quelque violence, M. Bénabent conclut ainsi sa note :

"L'application des principes de la matière conduisait à considérer que le garagiste, tiers acquéreur de bonne foi, était devenu propriétaire de l'automobile lors de sa prise de possession, et qu'il n'avait pas perdu ce droit de propriété en se désaisissant volontairement du bien entre les mains de la police. Son action en revendication aurait dû être admise.

Le rejet de cette action est d'autant plus critiquable qu'en pratique il ruine une bonne part de la sécurité des transactions mobilières que poursuit la règle "en fait de meubles". En effet, chaque fois que le meuble acquis *a non domino* aura une origine délictueuse, le tiers acquéreur se trouvera dans une véritable souricière : s'il conserve la chose, il est receleur ; s'il s'en désaisit, il perd tout droit sur cette chose. Que le premier pan de la souricière provienne d'une erreur de la Chambre criminelle n'autorise pas les Chambres civiles à refermer, par une seconde erreur, l'autre pan. La conséquence pratique de l'arrêt est donc aussi critiquable que ses implications théoriques : sous quel que angle qu'on l'examine, cet arrêt ne peut qu'être désapprouvé." (178)

— implications théoriques

Quant aux implications théoriques dont il est ici question elles sont au centre même de nos préoccupations et nous sommes particulièrement préparés à traiter du sujet au point où nous en sommes de notre étude.

Pour mettre un peu d'ordre dans cet ensemble de réflexions qui ne se caractérise certes pas par sa limpidité, il nous semble possible de partir de l'énoncé d'une hypothèse extrêmement simple. A supposer, pour reprendre les éléments factuels de l'arrêt Fay contre Zacarelli, en y introduisant simplement quelques variantes, que le garagiste Fay n'ait pas transmis la possession réelle du véhicule au *primus dominus* Z mais l'ait prêté à B (supprimons l'aspect pénal de la cause), il est évident que F aurait pu la revendiquer contre B et que Z n'aurait pu la

176) Bénabent, n. 3.

177) Bénabent, n. 4.

178) Bénabent, n. 18.

revendiquer ni contre B ni contre F. La Cour ne le conteste pas puisque, dans ce cas, F serait resté possesseur médiat; mais dira-t-on, justement, il a transmis la possession à Z le "vrai propriétaire" et il a lui-même perdu de ce fait la possession immédiate de la chose; quant à la possession médiante, il ne l'a pas et ne l'a jamais eue puisque qu'il n'a jamais tenu la chose de Z son vrai propriétaire.

Cette réponse qui semble parfaitement logique est spécieuse, car elle se fonde sur un postulat totalement faux : celui en vertu duquel l'action de F qui a acquis la propriété *a non domino* est fondée sur la possession, simplement parce que l'article 2279 du Code civil tend à protéger le possesseur. De la même façon que Josserand, la jurisprudence saute une étape du raisonnement et mélange deux temps. Ce qui est fondé sur la possession c'est l'acquisition de la propriété par F (1er temps); lorsque l'acquisition de cette propriété par F a eu lieu, les actions en justice que F a de ce chef sont fondées sur sa propriété (2ème temps), ce sont des actions pétitoires, et la possession ne joue plus aucun rôle quant à leur fondement.

Sur le plan processuel disons que F revendique sa propriété et les éléments contenus dans son droit, lesquels sont définis par les articles 544 ss C. civ. Il ne revendique rien sur la base de l'article 2279 : cette disposition légale lui sert seulement *préjudiciellement* à établir le titre de son droit, comme il présenterait la preuve de l'existence du contrat par lequel il aurait acheté la chose ou l'acte de notoriété prouvant cette acquisition par succession à cause de mort, par exemple.

L'erreur de la Cour de Cassation, qui fonde désormais la jurisprudence, a pour conséquence de bouleverser totalement toute réflexion en droit français sur les cas d'inopposabilité aux tiers de droits réels. Nous sommes en effet obligés d'admettre que le propriétaire initial, dans tous les cas de transfert *a non domino*, ne perd pas vraiment sa propriété, mais perd seulement son opposabilité aux tiers alors que le tiers n'acquiert qu'une apparence de propriété. Si tel n'était pas le cas, comment en effet le premier propriétaire qui par hasard a retrouvé la possession réelle de la chose pourrait-il s'opposer victorieusement à l'action en revendication de l'acquéreur *a non domino* ? C'est là le triomphe de la théorie que nous avons appelé de la *survivance du droit* et l'exemple le plus parfait d'inopposabilité aux tiers au sens propre d'un droit réel, c'est-à-dire de falsification de notre règle (la décision de la Cour de Cassation semble à l'évidence marquée par l'influence de Josserand et l'on peut s'étonner que personne ne l'ait relevé).

Notons enfin qu'il est impossible de reprendre contre cette décision notre précédente objection de caractère épistémologique en disant que le droit subjectif qui n'a absolument aucun effet n'existe pas faute d'être perceptible par la raison humaine : il a ici un effet potentiel évident, celui qu'illustre justement l'arrêt Fay contre Zacarelli : le seul fait de reprendre la possession immédiate de la chose rend au propriétaire sa pleine propriété.

Cette dernière constatation nous amène à envisager la conséquence logique ultime de cette jurisprudence : la multitude des propriétés apparentes et la survivance éternelle de vraies propriétés inopposables aux tiers. "Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans" dit l'art. 2262 C. civ., mais non les droits eux-mêmes qui sont intemporels. L'action en revendication du propriétaire, en cas de transfert *a non domino*, n'existe pas,

est “étouffée dans l’oeuf” comme écrit M. Carbonnier 179), est prérite instantanément comme disent certains auteurs 180). Le droit subsiste néanmoins nous dit la jurisprudence et son existence est illimitée.

Imaginons alors le cas suivant, qui semble invraisemblable bien sûr mais qui illustre pourtant la réalité de la jurisprudence, laquelle n’est pas allée jusqu’à envisager de telles conséquences :

En 1804, A a été dépouillé de sa chose par un transfert *a non domino* au profit de B. Depuis lors, huit générations se sont succédées d’héritiers de A. Pendant sa longue histoire, la chose a été vendue de multiples fois et appartient en apparence aujourd’hui à X. X la prête à Ag en 1977. Ag s’avise de toute l’histoire depuis 1804, démontre la chaîne des successions dans la propriété de la chose, simplement inopposable aux tiers depuis 173 ans, et s’oppose à la revendication de X, qui n’y peut rien car il n’a pas la possession immédiate de la chose et n’a jamais eu sa possession médiate, étant donné que celui de qui il tient la chose ne l’avait pas et ainsi de suite.

Cette conséquence insoutenable est un second élément qui nous amène à repousser la solution jurisprudentielle.

Quant au fondement rationnel de notre position, l’argument épistémologique, avons-nous dit, est inefficace à cette fin ; un autre argument général existe ici, celui que l’on pourrait appeler simplement de la réalité scientifique. La science juridique, dont l’objet est extrêmement abstrait et fuyant, puisque constitué de règles, entraîne souvent le praticien dans le vertige de la spéculation pure, si ce n’est dans la fantaisie (ce qui serait impossible dans les sciences dites exactes ou dans d’autres sciences humaines comme l’histoire ou l’économie politique par exemple) ; le juriste doit pourtant se garder de détacher sa science de la réalité à laquelle elle appartient comme toute science, et toute hypothèse qui a quitté cette réalité “concrète”, ou si l’on préfère le domaine du possible, est simplement fausse.

Ayant émis nos réserves sur la jurisprudence qui a créé cette situation, nous devons cependant conclure qu’en l’état actuel du droit positif français le droit du propriétaire initial en cas de transfert *a non domino* est inopposable aux tiers au sens propre de l’expression et que notre règle est ainsi falsifiée.

C – Tests de droits allemand et suisse :

1. Rappel théorique :

Les droits allemand et suisse, à la façon du droit romain, connaissent un contrat de vente qui n’est que générateur d’obligations pour les parties et n’a en principe aucun effet réel. Le sujet, abordé en droit français, de la double vente n’a donc pas sa place au chapitre de la propriété pour les droits allemand et suisse (réserve faite de la double vente par constitut possessoire à laquelle nous consacrerons un test spécial à la fin). Nous reprendrons le sujet dans la section consacrée aux tests liés à l’opposabilité aux tiers des créances civiles. Au titre de

179) Carbonnier, Droit civil, Les Biens, no 75 p. 263.

180) Par exemple Demolombe, Cours de Code Napoléon, tome IX no 622, précité.

l'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire mobilier dans le cas du transfert *à non domino*, nous n'aborderons que le cas de la chose confiée perdue ou volée.

La proximité théorique des deux systèmes allemand et suisse justifie leur approche simultanée bien que les conséquences pratiques des règles du droit suisse soient parfois plus proches de celles du droit français que de celles du droit allemand (cf. art. 185 CO sur le transfert à l'acquéreur des profits et des risques, déjà abordé : B, 1, b, b – 3).

Nous ferons des études détaillées séparées pour chacun des deux droits chaque fois que les différences existantes le rendront nécessaires.

2. Chose confiée perdue ou volée dans l'hypothèse du transfert de la propriété par tradition :

Test No 3

L'hypothèse première est la même que celle étudiée en droit français : A est propriétaire d'une chose qu'il confie à B, ou que B lui vole ou encore qu'il a perdue et que B a trouvée. B vend alors ou donne la chose à C. Quid de l'opposabilité à C du droit de A ?

a – *norme positive du droit allemand* :

a – 1 : principes généraux :

Elle découle des paragraphes 932 à 938 ainsi que 1006 et 1007 BGB. (Nous nous contenterons ici de la norme générale à l'exclusion des règles particulières énoncées par la loi, telles celles qui concernent les navires).

La technique adoptée par le législateur allemand est quelque peu différente de celles choisies par le législateur français, que nous avons étudiées, et par le législateur suisse que nous étudierons plus loin. Le titre troisième du chapitre du BGB consacré à la propriété (paragraphes 929 à 936) traite, sous chiffre I, de l'acquisition et de la perte de la propriété des choses mobilières. Il commence par décrire les divers modes de transfert de cette propriété (paragraphes 929 à 931) étant bien entendu qu'ils s'appliquent normalement au transfert *à non domino*. Les paragraphes qui suivent (paragraphes 932 à 934) reprennent ces divers modes de transfert et règlent la question lorsqu'ils ont lieu *à non domino*.

Pour chaque cas, il est répété que cette acquisition *à non domino* ne peut avoir lieu que par un tiers de bonne foi, ou plus exactement par un tiers qui croyait le disposant *propriétaire*. Une jurisprudence constante a, sur ce point, précisé que le tiers est pourtant protégé s'il savait le disposant non propriétaire mais croyait traiter avec le représentant du propriétaire ¹⁸¹).

Le paragraphe 935 dispose enfin que lorsque la chose ainsi transférée avait été perdue (*verloren*), égarée (*abhanden*) ou volée à son propriétaire, il n'y a pas d'acquisition valable de la propriété par le tiers, exception faite du cas où les choses en question sont des espèces, des titres au porteur ou tout autre chose vendue aux enchères publiques. (La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que

¹⁸¹ Cf. notamment BGH arrêt du 21 décembre 1960 (BB 61-151) et BGH arrêt du 27 janvier 1965 (BB 65-219).

la notion de chose égarée devait s'interpréter restrictivement et qu'il ne suffisait pas, par exemple, pour que cette situation soit réalisée, que la possession de la chose ait été abandonnée à la suite d'une erreur, d'une menace ou d'une tromperie.) 182)

C'est alors, sous un chiffre II du même titre consacré à l'acquisition et à la perte de la propriété des choses mobilières, que la loi traite de la prescription (de l'usucapion). Le paragraphe 937 dispose que seul le possesseur de bonne foi peut acquérir par usucapion et fixe la durée de la possession nécessaire à la prescription à 10 ans. Ainsi, en traitant volontairement d'une façon séparée l'acquisition de la propriété mobilière par transfert *a non domino* et son acquisition par usucapion, le législateur allemand, contrairement au législateur français (et au législateur suisse), a clairement marqué la non identité des deux institutions: le possesseur de bonne foi d'une chose perdue ou volée n'en acquiert jamais la propriété *du fait du transfert a non domino*, mais du fait de la prescription. (La norme du paragraphe 937 BGB est également applicable au cas où le possesseur a lui-même trouvé la chose et a cru sans sa faute à sa déréliction.)

De la même façon, et cela répond à l'erreur que nous avons rencontrée chez certains auteurs français, celui qui acquiert *a non domino* une chose confiée par son propriétaire ne l'acquiert pas par prescription instantanée du droit du premier propriétaire.

Le système allemand est, de plus, ainsi rigoureusement conforme aux sources historiques, particulièrement romaines, du transfert *a non domino* que nous avons déjà étudiées.

Ayant ainsi traité du fond même du transfert de la propriété *a non domino* au titre consacré à l'acquisition et à la perte de la propriété des meubles, le code traite au titre suivant des actions pétitoires qui sont la conséquence et la sanction des droits précédemment définis. Les art. 1006 et 1007 répètent ainsi les normes que nous venons de décrire, en se plaçant cette fois dans la perspective du titulaire du droit, et en énonçant ses possibilités de le faire valoir. Cette répétition est imposée par la rigoureuse systématique du code.

a – 2 : résultat formel :

Suivant en cela la technique déjà employée pour les deux tests précédents, nous énoncerons ici pour la première partie de ce test consacrée au droit allemand un résultat formel en employant les expressions d'opposabilité et d'inopposabilité aux tiers dans un sens imprécis et pragmatique conforme à l'usage juridique courant se référant au concept de droit de suite.

Ce n'est qu'après l'étude analogue consacrée au droit suisse, que nous établirons à quel type correspondant à nos diverses définitions appartiennent les cas d'inopposabilité aux tiers relevés du droit de propriété.

Ce premier résultat ne diffère guère de celui établi pour le droit français (test No 2 – b).

En droit allemand, en cas de transfert *a non domino* par tradition de la chose, le premier propriétaire peut la revendiquer : contre tout tiers de mauvaise foi au moment de la tradition (c'est-à-dire qui savait, ou aurait su s'il n'avait pas commis de faute grossière, que le disposant n'était ni le propriétaire ni son man-

182) BGHZ 4 – 10 ss particulièrement 18.

dataire). Il peut aussi revendiquer la chose contre tout tiers de bonne foi, sauf si cette chose est sortie de sa possession immédiate contrairement à sa volonté à la suite de sa perte ou de son vol depuis plus de 10 ans, ou si la chose est une espèce ou un titre au porteur ou si, enfin, le tiers a acquis la chose d'une personne qui la tenait de lui ou aux enchères publiques. *A contrario*, le premier propriétaire ne peut revendiquer sa chose, c'est-à-dire que son droit est inopposable aux tiers de bonne foi si ceux-ci ont acquis à un moment quelconque la chose perdue ou volée depuis plus de 10 ans, si la chose est une espèce ou un titre au porteur etc. . .

b – norme positive du droit suisse :

La structure de la loi suisse est originale par rapport aux deux systèmes déjà étudiés : contrairement au BGB, le CCS ne consacre qu'un alinéa, l'alinéa 2 de l'article 714, au transfert *a non domino* au titre des modes d'acquisition du droit de propriété. Cet alinéa n'est d'ailleurs qu'un renvoi au droit de la possession (art. 933 à 936).

Nous verrons plus loin que cette situation de la règle dans le code n'est pas fortuite mais contient une prise de position scientifique du législateur, qui se rattache à l'opinion de Jhering quant au rapport existant entre la possession et le droit réel. Le fond de la règle ne diffère que très peu de celle analogue des droits précédemment étudiés. Elle lui est identique sur les points essentiels qui nous intéressent. Notons cependant que l'usucapion des choses perdues ou volées, qui est de 3 ans en France et de 10 ans en Allemagne, et de 5 ans en Suisse (art. 934 al. 1 CCS). L'art. 934 al. 2 CCS, par une formule contraposée, maintient pendant 5 ans la revendication des choses perdues ou volées acquises dans des enchères publiques, dans un marché ou d'un marchand d'objet de même espèce, à charge pour le revendiquant d'en payer le prix (et partant sans contre-prestation si l'aliénation a eu lieu à titre gratuit), alors qu'elle refuse toute revendication contre le tiers de bonne foi de monnaie et des titres au porteur (art. 935).

A remarquer aussi que la mauvaise foi du tiers en droit suisse, comme en droit français mais contrairement au droit allemand, empêche l'acquisition *a non domino* même si elle ne porte que sur le droit de disposer et non sur la titulaire du droit. Cela ressort sans ambiguïté de l'art. 933 *in fine* CCS. Nous ne nous attarderons pas ici à l'analyse de ces différences législatives qui ne concernent pas directement notre sujet et nous nous abstiendrons de plus de répéter l'énoncé du résultat formel de l'expérience.

c – analyse et considération théorique pour les deux droits :

c – 1 : nature de ce cas d'inopposabilité aux tiers d'un droit de propriété :

A la lumière de ce que nous avons eu l'occasion d'établir précédemment, tant dans notre approche théorique que par nos deux premiers tests de droit français, il nous est aisé de constater que l'inopposabilité aux tiers du droit de propriété dont il vient d'être question à propos d'exemples empruntés aux droits allemand et suisse ne saurait entrer dans notre définition principale de cette notion.

Tant que les tiers de bonne foi n'a pas acquis la propriété par tradition de la chose, le *dominus* peut la revendiquer; dès que la tradition a eu lieu, c'est le droit du premier propriétaire qui a disparu d'où l'extinction des compétences qui lui sont attachées.

Nous avons donc à faire à un cas d'inopposabilité aux tiers au sens dérivé habituel dans l'usage courant. Nous savons aussi cependant qu'une telle conclusion est insuffisante et qu'il convient d'établir le lien existant éventuellement dans le cas d'espèce entre ce qui a été qualifié d'inopposabilité improprement dite et ce qui serait un cas d'inopposabilité aux tiers au sens propre, c'est-à-dire de falsification de notre règle. Nous savons encore que c'est sous deux aspects qu'il est possible d'envisager ce lien, celui de la *situation intermédiaire* postérieure à la perte de la possession immédiate de la chose par le *dominus* et antérieure à la tradition au tiers de bonne foi, et celui de l'éventuelle *survivance du droit* du *dominus* après la tradition au tiers.

c — 2 : situation intermédiaire : propriété et possession

Se fondant sur les sources historiques germaniques, que nous connaissons bien, du transfert *a non domino*, la doctrine et la jurisprudence allemande expliquent l'institution par le principe de *l'apparence de droit* (*Rechtscheinprinzip*), exprimé par le proverbe juridique médiéval : "où tu as placé ta confiance, c'est là que tu dois la chercher" (*Wo du deinen Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen*) 183).

L'apparence de droit est presque le droit, et le droit qui n'apparaît pas manque d'une qualité essentielle. C'est là une conception dans laquelle on reconnaît facilement la marque de la pensée de Jhering.

— Le CCS : position théorique du législateur suisse (et doctrine) :

A vrai dire, quant aux fondements théoriques, le législateur suisse est allé plus loin encore que le législateur allemand dans cette voie, et l'on peut lire dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de 1902 du Code civil suisse des formules du type de celles-ci, qui généralisent le principe à toutes les situations de fait, lorsque même il n'est nullement question de transfert *a non domino* :

"... d'après nos notions modernes, la possession est la manifestation extérieure du droit réel, en ce que, conformément à la nature des choses, le droit s'unit généralement au fait. Et l'on doit partir à cet égard du principe que la possession sera censée emporter ce qu'elle semble impliquer tout d'abord : la propriété. 184)

Dans la thèse de Bâle de 1963, M. Weber voit l'origine logique de ce principe dans le fait que le législateur considère l'union de la possession et de la propriété comme "le cas habituel et normal", c'est-à-dire la situation que l'on rencontre le plus souvent dans les faits :

183) Soergel – Mühl, paragraphe 932 n. 1. Le principe est longuement développé dans l'arrêt de la Cour civile fédérale du 11 juin 1953 dans la cause Dr F. contre P. (BGHZ 10, 81).

184) Code civil suisse, exposé des motifs de l'avant-projet du Département de Justice et Police, tome troisième : droits réels p. 302, Berne 1902.

La norme tient à ce que nous reconnaissons la faculté de l'esprit humain d'interpréter des indices par rapport au cas normal. C'est pourquoi nous pouvons considérer comme nécessaire et naturel l'effet de publicité issu de la possession reconnaissable 185).

L'ensemble de la thèse de M. Weber tend à montrer que, pour le législateur suisse, il est lié à tout droit une sorte de devoir pour son titulaire de le faire connaître, qui serait la condition nécessaire de son opposabilité aux tiers : c'est ce qu'il appelle la *signification du principe de publicité* 186).

Cette conception nous intéresse dans la mesure où elle est l'ébauche d'une construction menant à la définition de ce que nous avons appelé la situation intermédiaire caractérisée par un affaiblissement tel du droit de propriété mobilière non accompagné de la possession qu'il entraînerait son inopposabilité aux tiers antérieurs au transfert de la propriété au tiers de bonne foi. C'est pour cette solution qu'opte implicitement, par exemple, le commentaire classique de Leemann, 187) en cela qu'il voit dans la possibilité de transfert *a non domino* de la propriété une exception au principe de l'opposabilité aux tiers comme élément caractérisant le droit réel.

Une thèse de Lausanne, d'ailleurs particulièrement brillante et remarquée tant en France qu'en Suisse, celle de M. Rusconi, a repris la question et tenté de mettre en lumière le paradoxe de la conception de Jhering.

"L'objection la plus importante qu'on a faite à Jhering est que si réellement la protection possessoire existe en faveur du propriétaire, elle ne devrait jamais avoir d'effet contre lui lorsqu'il est prêt à prouver son droit, autrement dit l'exception pétitoire (*exceptio domini*) devrait toujours être admise dans les interdits possessoires; or l'exclusion d'une telle exception caractérise précisément les interdits possessoires 188)."

Traduisons dans notre perspective : il est contradictoire de parler d'interdits possessoires en faveur du propriétaire, puisque ce sont justement ces interdits possessoires qui rendent le droit de propriété inopposable aux tiers dans certains cas, qui créent ce que nous avons appelé la situation intermédiaire *précédant* la mort du droit.

A la suite de la thèse de M. Rusconi, les auteurs suisses les plus importants tels M. Meier — Hayoz, bien que restés fidèles à la pensée de Jhering, ne voient plus *a priori* dans les règles de droit fondant le transfert *a non domino* une exception au principe de l'opposabilité aux tiers des droits réels; il s'agit pour eux d'un mode d'*extinction du droit* du premier propriétaire et de la cause de la naissance d'un nouveau droit 189). C'est là la conception que nous avons adoptée nous-mêmes dès le début en définissant l'inopposabilité aux tiers improprement dite consécutive à la perte du droit. Il n'en reste pas moins que ces débats théoriques, n'apportent pas par eux-mêmes de solution à la question de la situation intermédiaire.

— la doctrine suisse : réflexion de lege ferenda :

185) Weber. Das Publizitätsprinzip im schweizerischen Recht der beweglichen Sachen, p. 89.

186) Weber, op. cit. p. 89.

187) Leemann, Sachenrecht, 1ère partie (1920), Einleitung, n. 19 p. 7.

188) Rusconi. L'action pétitoire fondée sur la possession, p. 27.

189) Meier — Hayoz, Sachenrecht, das Eigentum, Systematischer Teil, n. 136 p. 73.

Dans une perspective cette fois purement pratique, et partant toute différente de la nôtre, la doctrine suisse a souvent tenté durant ces vingt dernières années d'établir les fondements nouveaux d'un système moderne de publicité mobilière. Elle a de ce fait repris le thème du rapport existant entre la possession et la propriété.

Outre les trois thèses précédemment étudiées de M. Rusconi, Weber et Pfister, qui abordent le sujet du rapport de la possession et de la propriété également sous cet angle pratique, il convient de signaler celle plus récente, de M. Guisan.¹⁹⁰⁾ De nombreux articles ont répondu à ces thèses et nous ne pouvons ignorer totalement ces débats même s'ils semblent, à première vue, quelque peu marginaux par rapport à notre objet. En fait, les implications théoriques de certains d'entre eux, même non recherchées par leur protagonistes, sont la matière nécessaire à alimenter notre réflexion sur la situation intermédiaire précédant le transfert *a non domino*, indissolublement liée au thème du lien existant entre la propriété et la possession.

Les débats de doctrine portent, on l'aura compris, sur le choix du système idéal entre les divers que l'histoire a connus, étant entendu que le compromis des droits modernes semblent ne plus satisfaire les auteurs suisses (en Allemagne et en France, la doctrine ne remet que très rarement en cause la solution du droit positif en ce domaine).

Les auteurs suisses se divisent en deux tendances germanique et romaine extrêmes. (M. Piotet défend, pour sa part, nous le verrons, une position relativement originale). La tendance qui comprend le plus grand nombre d'auteurs est celle qui veut une extension de la protection du tiers de bonne foi à toutes les situations, même à l'acquisition de choses perdues ou volées. Tous les auteurs de cette tendance ont un point commun : ils ne se placent que dans la perspective de l'acquisition de droit et ne font aucune place à la question parallèle, qui est la nôtre, de l'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire initial. La plupart d'entre eux ont été marqué par la naissance du droit italien de 1942 qui consacre cette solution (code civil italien : art. 1153).

La justification de leur position est tout à fait étrangère à une prise de position théorique¹⁹¹⁾ mais s'appuie sur les idées de facilité et de sécurité des affaires.¹⁹²⁾

Quant à l'école des partisans de la suite des meubles à la façon romaine, elle trouve un premier représentant historique en la personne d'Ernest Roguin. A ce que nous savons déjà de Roguin, nous reconnaitrons volontiers qu'il est, sur ce point, logique avec lui-même puisque par sa théorie du droit réel "obligation passive universelle", il définit propriété et droits réels par référence à leur opposabilité aux tiers. La solution germanique, qui exclut l'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire initial tombe dans ce qu'il appelle la *tierçomanie*.¹⁹³⁾

M. Piotet a repris sérieusement la question dans un article de 1959, "L'acquisition d'une chose mobilière aliénée sans droit".¹⁹⁴⁾

190) Guisan. La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière (Lausanne 1970).

191) Exception faite de l'étude de Rusconi, particulièrement passage précité (p. 27).

192) Particulièrement : Guisan, op. cit. Conclusions.

193) Roguin cité par Piotet in : "L'acquisition d'une chose mobilière aliénée sans droit", p. 290.

194) Piotet, op. cit. RSJ 1959 p. 285 ss.

Il conteste tout d'abord le bien-fondé de la différence de traitement entre chose confiée et chose volée ou perdue, qui a été justifiée historiquement par l'idée que le propriétaire qui confie une chose à un tiers prend le risque de se priver d'une qualité essentielle de son droit sur la chose.

"Tout d'abord, on peut se demander s'il ne serait pas plus juste de traiter les choses perdues comme les choses confiées, et non comme des choses volées. D'une part, en effet, le propriétaire qui perd sa chose commet généralement ainsi une négligence, un oubli, dont il paraît devoir supporter les conséquences. Pourquoi, par exemple, traiter celui qui perd son manteau dans une forêt où il a piqué-niqué, mieux que celui qui donne le sien à nettoyer à une teinturerie, tandis qu'on peut lui reprocher l'oubli, la perte de ce manteau. Traiter celui qui perd son manteau mieux que celui qui le donne à nettoyer, c'est accorder une prime à la négligence. D'autre part, le risque d'appropriation par autrui qu'on crée en perdant sa chose est beaucoup plus grand que le risque qu'on crée en remettant sa chose à une personne qu'on estime digne de confiance (195)".

Il remarque aussi que la loi protège l'acquéreur de bonne foi contre le propriétaire initial même lorsque des circonstances particulières rendent la règle parfaitement inéquitable et choquante :

"C'est le cas chaque fois que l'acquéreur de bonne foi reçoit la chose confiée en vertu d'un acte gratuit. Il est alors équitable de protéger (contre l'inconvénient de s'en prendre à l'aliénateur) plutôt le propriétaire dépouillé, qui veut éviter un dommage, que le tiers de bonne foi, qui veut réaliser un profit. Si, par exemple, un dépositaire infidèle fait cadeau à un ami de la chose déposée, la loi protège le donataire.

Or, il paraît évident que, dans ce cas, le déposant mérite plus la protection de la loi que le donataire. En laissant la propriété au déposant, la loi ne causerait aucun dommage au donataire. En revanche, en faisant acquérir la propriété par le donataire, elle cause un dommage au déposant (196)."

Et dans sa conclusion intermédiaire, M. Piotet se range finalement du côté de la doctrine très minoritaire qui prône un retour aux règles du droit romain.

"Tout d'abord, on pourrait en revenir purement et simplement à la solution romaine, c'est-à-dire permettre dans tous les cas au propriétaire de revendiquer sa chose contre un tiers de bonne foi. Il serait d'ailleurs possible de rendre le propriétaire fautif responsable du dommage subi par le tiers et de l'obliger à payer à ce tiers des dommages-intérêts.

Cette solution me semblerait, personnellement, la meilleure. Elle a l'avantage de la simplicité et de la clarté et convient donc bien à l'ordre des droits réels. Elle peut d'ailleurs fort bien se combiner avec la protection de l'acquéreur de bonne foi justifiée par la sécurité des transactions sur la monnaie et sur les titres au porteur ou à ordre. Elle évite des discussions sans fin sur certains points (par exemple au sujet de la chose remise sous l'empire d'une erreur ou de la chose aliénée par un agent de possession). Elle permet enfin de reconnaître au tiers de bonne foi une action en dommages-intérêts, qui le protège suffisamment, sans lui procurer l'avantage immérité qu'entraîne parfois pour lui l'attribution de la propriété (197)."

Mais M. Piotet finit par proposer un système encore différent, et c'est en cela qu'il est original. Largement motivé en justice pure, ce système serait, il faut bien le dire, à la base d'une insécurité juridique difficilement admissible. Il s'agirait de reprendre l'idée qui fonde le système actuel, à savoir que le propriétaire en confiant sa chose a pris un certain risque et a renoncé, en conséquence,

195) Piotet op. cit. p. 288.

196) Piotet op. cit. p. 289-290.

197) op. cit. p. 290.

à une certaine qualité de son droit, et admettre que le droit de propriété initial ne serait "inopposable aux tiers" que dans la mesure où son titulaire aurait commis une faute en perdant la possession de la chose.

M. Piotet estime d'ailleurs que, basée sur la *ratio legis* des normes actuelles et la notion d'abus de droit, la jurisprudence suisse pourrait inaugurer un tel système, du moins pour ce qui concerne la revendication des choses perdues.

"Si notre jurisprudence voulait faire preuve de quelque audace et améliorer notre droit positif sur ce dernier point, elle pourrait peut-être opposer l'abus de droit à la revendication du propriétaire fautif ou l'obliger à réparer le dommage entraîné par sa revendication 198)."

M. Piotet ne semble pas remarquer que l'on se situerait alors dans une position extrêmement instable : en effet, la bonne foi du tiers étant elle-même une question difficile de faute, il y aurait, de chaque côté du rapport de droit, une attitude à qualifier, dans l'absolu, mais aussi relativement l'une à l'autre et il n'y aurait alors plus guère que des cas d'espèce. Pour reprendre son exemple du teinturier, admettons que le client sache que ledit teinturier vient de sortir de prison à la suite d'une condamnation pour abus de confiance au préjudice de ses clients, et que l'acquéreur achète le manteau chez le teinturier alors qu'il n'est pas d'usage d'y faire de tels achats. Devrait-on apprécier l'attitude du propriétaire du manteau et celle de l'acheteur chacune pour elle-même ou se demander quel est le plus fautif des deux ?

Il est certes difficile pour nous de tirer profit de ces débats quant à la réflexion que nous tentons de mener ici sur l'existence en droit positif suisse d'une situation intermédiaire précédant le transfert *a non domino* et assimilable à l'inopposabilité aux tiers du droit de propriété.

Si certaines idées ainsi exprimées semblent renforcer cette conception, et nous allons voir en quoi, rien, qui soit issu des réflexions de la doctrine suisse, ne permet une conclusion définitivement positive à la question ainsi soulevée.

On pourrait dire, en premier lieu, que si des auteurs comme M. Piotet estiment que le système romain permettant toujours la revendication des meubles est seul conforme à la simplicité et à la clarté de l'ordre des droits réels, on doit en conclure que le système contraire déroge aux principes qui fondent l'ordre des droits réels, dont celui de leur opposabilité aux tiers. L'argument, qui a l'allure d'un sophisme, est bien faible et l'on voit assez mal quel raisonnement peut le rattacher à l'idée de situation intermédiaire précédant le transfert *a non domino*.

L'argument nous semble par contre plus sérieux, qui est tiré de l'idée maintes fois exprimée que l'acquisition de la propriété par le tiers dans le transfert *a non domino* est, ou du moins devrait être, la sanction d'une faute du premier propriétaire. On pourrait ainsi dire que le propriétaire fautif se prive d'une qualité essentielle normalement attachée à son droit réel : l'opposabilité aux tiers. (Toute la solution proposée par M. Piotet est fondée implicitement sur cette idée). Cet argument n'est pourtant pas suffisant à lui seul à réfuter le contre argument fondé sur le fait que le propriétaire, même gravement fautif, garde son droit de revendiquer la chose tant qu'il en est propriétaire.

— la doctrine allemande :

198) op. cit. p. 294.

La doctrine allemande, comme la doctrine française précédemment étudiée, ne met guère en question le bien fondé du système positif du transfert *a non domino*. De ce fait, son abord des problèmes qui nous intéressent est assez différent de celui de la doctrine suisse.

Le problème central débattu dans la doctrine allemande est celui du caractère originaire ou dérivé de l'acquisition de la propriété par le tiers de bonne foi dans le transfert *a non domino* 199) (la question est traitée également en Suisse et en France et nous avons vu que la majorité de la doctrine de ces deux pays y voit une acquisition originaire).

La doctrine allemande est quant à elle divisée sur la question. Pour les auteurs qui admettent que cette acquisition est originaire, il est évident que le transfert *a non domino* n'est pas une exception au principe de l'opposabilité aux tiers du droit de propriété immobilière; il est un mode d'extinction de la propriété, et la notion de situation intermédiaire n'a guère de sens.

Les auteurs qui considèrent ce mode d'acquisition comme dérivé se rattachent à la *théorie de la légitimation*, inspirée de Jhering, selon laquelle "le disposant transfère d'une façon certes illicite mais efficace un droit étranger" 200) parce que ce droit était alors dépourvu de la qualité essentielle d'opposabilité aux tiers : c'est la reconnaissance de ce que nous avons appelé la situation intermédiaire comme correspondant à l'inopposabilité aux tiers du droit de propriété. C'est à cette dernière opinion que se rattache M. Westermann 201) ainsi que MM. Lent et Schwab. 202) Le commentaire Staudinger semble se rattacher à la première tendance, 203) et c'est indiscutablement le cas du commentaire de Plank. 204)

— extension des conclusions :

Nous ne saurions pour notre part entrer dans ce débat de la doctrine allemande, lequel nous ramènerait une fois de plus, par une sorte de mouvement cyclique . . . , à la querelle Jhering Savigny : la démarche est vouée à n'avoir pas de fin; il serait fastidieux de la poursuivre, mais il serait par contre léger de notre part de prétendre parvenir à résoudre le problème. (Cette réserve est d'ailleurs en accord avec la logique de notre démarche qui refuse toute induction).

Nous estimons avoir désormais accumulé assez d'*éléments de réflexion*, et pour le présent test et pour les tests futurs, au cours des différentes étapes de notre recherche où les éléments constitutifs de la notion de situation intermédiaire ont été étudiés sous des angles différents; nous pourrions nous y référer dans chaque cas particulier sans avoir à reprendre le fond théorique du problème. Pour l'heure, et pour les cas d'espèce étudiés, nous estimons ne pas être parvenu à établir un lien suffisant entre la définition de l'inopposabilité aux tiers proprement dite d'un droit et celle de la situation que nous avons qualifiée d'intermédiaire précédant le transfert *a non domino* pour considérer notre règle comme falsifiée en principe dans ces cas.

199) Staudinger, paragraphe 932 n. 34, p. 661.

200) Staudinger, op. et loc. cit.

201) Westermann, Sachenrecht, paragraphe 45 IV.

202) Lent — Schwab, Sachenrecht paragraphe 30 VIII.

203) Staudinger, paragraphe 932 n. 34 p. 661 (op. et loc. cit.).

204) Plank, Bürgerliches Gesetzbuch, paragraphe 939 n. 1 a, p. 186.

c — 3 : survivance du droit :

— énoncé du problème pour les droits allemand et suisse :

A notre connaissance, jamais aucun auteur allemand ni aucune décision judiciaire publiée en Allemagne n'a défendu l'idée de la survivance du droit de la façon qu'en France l'ont fait Josserand et la Cour de Cassation dans l'arrêt Fay contre Zaccarelli (test no 2 d 2, deuxième tiret et d — 3). Il serait par conséquent tout à fait artificiel de nous demander si, en droit allemand, il n'y aurait pas d'une façon générale survivance du droit du premier propriétaire et naissance d'une simple apparence de droit du tiers de bonne foi dans les cas de transfert *a non domino*.

Il n'en vas pas de même par contre pour une certaine tendance de la doctrine suisse qu'il convient de signaler et chez qui l'on retrouve l'idée implicite selon laquelle le transfert *a non domino* ne confère pas directement la propriété mais seulement une apparence de propriété devenant la vraie propriété par usucapion. 205)

C'est le cas de Leemann, du moins au travers d'une phrase de son commentaire de l'art. 728 sur laquelle nous reviendrons plus loin ainsi que de deux remarques du traité de Tuor et Schnyder.

Cette doctrine n'a pourtant pas débouché dans la pratique jurisprudentielle sur des conséquences aussi graves que celles de l'arrêt Fay en France.

Le sujet de la survivance du droit garde par contre tout son sens en Allemagne comme en Suisse dans une hypothèse que nous avons étudiée à propos de la double vente du droit français. (test no 1, b, b — 1) : celle où les tiers était de mauvaise foi au moment de la tradition de la chose et où le propriétaire n'est pas à même d'en rapporter la preuve. Nous avons vu qu'en droit français il y a bien dans ce cas existence d'un droit de propriété inopposable aux tiers, qui peut reprendre sa pleine efficacité en tout temps dès que son titulaire parvient à fournir la preuve de la mauvaise foi du "propriétaire" apparent. Cette possibilité, qui fait renaître l'action en revendication, doit cependant intervenir dans les trente ans qui suivent la tradition de la chose au tiers de mauvaise foi car à teneur de l'art. 2262 C. civ. "toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi".

Dans un premier temps, nous avons conclu qu'en ce cas c'est l'échéance de la prescription trentenaire qui faisait acquérir au tiers de mauvaise foi la véritable propriété et faisait disparaître le droit du premier propriétaire, lequel droit n'était auparavant qu'inopposable aux tiers; nous nous refusions en effet pour des raisons épistémologiques à reconnaître quelque existence que ce soit à un droit n'ayant plus d'effets perceptibles par la raison humaine. A la lumière des expériences suivantes, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de Cassation, nous avons mis en doute le fait que ce transfert eût vraiment lieu au moment de la prescription trentenaire, car finalement la prescription de l'action n'est pas la prescription du droit qui lui est intemporel. Ce qui ne peut être invoqué par voie d'action peut souvent l'être encore par voie d'exception, et l'on sait le large

205) Tuor Schnyder, das Schweizerische Zivilgesetzbuch, p. 447 et 449.

usage que la jurisprudence française a fait de ce principe dans l'arrêt Fay.

Le problème restait alors de déterminer si ce droit inopposable aux tiers subsistait à tout jamais (sauf cas d'un second transfert à un tiers de bonne foi cela va de soi) ou dans le cas contraire, à quel moment il disparaîtrait. Le problème se pose aussi en droit allemand et en droit suisse et d'une façon beaucoup plus évidente car ces deux droits excluent en principe toute prescription en faveur des tiers de mauvaise foi. 206)

— problème d'interprétation propre au droit suisse :

A première vue, une différence importante oppose les solutions allemande et suisse au problème de la survivance du droit; elle tient à la structure différente des deux codes que nous avons déjà étudiée sur ce point. La structure rigoureusement scientifique du BGB a permis de regrouper toutes les formes de l'usucapion au paragraphe 937, tant celles qui concernent les cas de transfert *a non domino* de choses volées que celles qui touchent les cas de nullité du titre d'acquisition par incapacité du disposant, caractère simulé de l'acte etc . . . 207) La prescription acquisitive ou usucapion fait l'objet en droit suisse, de l'art. 728 CCS. Cet article vise plus particulièrement les cas de nullité du titre d'acquisition car "pour le cas de l'acquisition de bonne foi de choses perdues ou volées, il n'est nul besoin de l'usucapion puisque le propriétaire ne peut revendiquer de telles choses que pendant cinq ans 208)".

Cette phrase de Leemann se rattache comme nous l'avons déjà signalé plus haut, à l'idée rencontrée en France chez Josserand selon laquelle le transfert *a non domino* ne transférerait qu'une apparence de propriété par la disparition de l'action en revendication du vrai propriétaire. Il ne s'agit peut-être en réalité que d'une imprécision de termes conforme à l'imprécision de la terminologie de l'art. 934 CCS. Il conviendrait alors de transformer sa phrase de la façon suivante : "pour le cas d'acquisition de bonne foi de choses perdues ou volées, il n'est nul besoin de l'usucapion définie par l'article 728, puisque le propriétaire perd son droit du fait de la prescription prévue par l'art. 934 CCS." La nuance qui recouvre le grave problème de fond que nous connaissons peut sembler assez formelle.

Il n'en reste pas moins que cette dualité de textes légaux, qui n'existe pas en droit allemand, soulève un problème de première importance pour nous, qu'il convient d'exposer ici. Nous sommes en train de nous demander jusqu'à quand subsiste le droit du propriétaire A dans l'incapacité de fournir la preuve de la mauvaise foi du tiers B qui a acquis la chose *a non domino*, puisque la loi n'établit aucune prescription en faveur du tiers de mauvaise foi. Il est bien évident, comme nous l'avons vu en droit français, que plusieurs générations de successeurs de A et de B peuvent perpétuer cette situation. Les successeurs de B peuvent être formellement de bonne foi pour ce qui les concerne contrairement à leur auteur. Qu'en est-il alors de leur possibilité de prescrire ? Pour ce qui est du droit allemand, ainsi que pour ce qui est du droit suisse dans la mesure où l'on s'en tient à l'application de l'art. 934 CCS, la réponse est simple : elle tient

206) Soergel — Mühl paragraphe 937 n. 1 et 5.

207) Cf. ATF 48 II 38.

208) Leemann, n. 1 ad art. 728 CCS.

à la fiction du droit successoral selon laquelle l'héritier est assimilé en tout point à son auteur; si l'auteur était de mauvaise foi, son héritier est irréfragablement présumé être de mauvaise foi : il ne peut ainsi en aucun cas prescrire. 209)

La question reste ouverte en droit suisse si l'on se réfère à la disposition très générale de l'art. 728 : "Celui qui de bonne foi, à titre de propriétaire, paisiblement et sans interruption, a possédé pendant cinq ans la chose d'autrui en devient propriétaire par prescription". On peut bien sûr dire que la présomption irréfragable de mauvaise foi reste la même dans ce cas; à vrai dire, la bonne ou mauvaise foi ne porte pas exactement sur la même chose et ne se présente pas exactement de la même façon. Dans l'article 934, elle porte sur la qualité de propriétaire du disposant, et partant se situe à un moment très précis limité dans le temps par l'intervention de la tradition; dans l'art. 728, elle est la bonne ou mauvaise foi du possesseur lui-même quant à sa qualité de propriétaire. Dans l'art. 934, *mala fides supervenient non nocet*, mais ce qui est irréparable c'est la *mala fides traditione anterior*; dans l'art. 728, la bonne foi doit s'étendre sur une longue période de 5 ans qui commence avec la prise de possession immédiate de la chose. Il est difficile enfin d'affirmer que la loi ne vise par l'article 728 que les cas de nullité du titre d'acquisition : ce serait restreindre la portée d'un texte clair. Tout cela devrait nous amener à admettre qu'en droit suisse l'héritier d'une chose volée en acquiert la propriété par 5 ans de possession même si son auteur était de mauvaise foi.

La doctrine ne tranche pas la question; telle n'est certainement pas la solution choisie par le législateur et nous pensons, pour notre part, que la loi a réglé toutes les questions liées au transfert *a non domino* par les règles du droit de la possession (art. 932 ss) auquel renvoie expressément l'art. 714 CCS. La règle de l'art. 934 est une *lex specialis* par rapport à celle de l'art. 728 (cette interprétation ne restreint pas en soi la portée de ce dernier article comme dans la solution précédemment envisagée qui consistait à n'appliquer l'art. 728 qu'aux cas de nullité du titre d'acquisition).

Nous nous estimons donc en droit de considérer que la solution du droit suisse doit se comprendre comme celle du droit allemand.

— conclusion :

En droit allemand comme en droit suisse, si le tiers acquéreur *a non domino* d'une chose mobilière était de mauvaise foi au moment de la tradition de la chose, et que le propriétaire n'est pas en mesure d'apporter la preuve de cette mauvaise foi, le tiers, puis ses successeurs, n'a acquis qu'une apparence de droit alors que le droit du véritable propriétaire (ou de ses successeurs) est simplement devenu inopposable à ce tiers particulier. La possibilité retrouvée de rapporter cette preuve ferait renaître l'action en revendication, manifestation de l'opposabilité aux tiers du droit.

Le temps de vie possible de cette situation d'inopposabilité aux tiers de la propriété n'est pas légalement limitée. Peut-elle correspondre à la perpétuité ? Nous sommes ramené par cette question à une réflexion épistémologique. Pour qu'un droit existe, il est nécessaire qu'il ait un effet même purement potentiel, saisissable par la raison humaine. Lorsqu'il n'en a plus aucun, on doit admettre

209) Westermann, Sachenrecht, paragraphe 51, 2, c, p. 245.

qu'il n'existe plus. Ainsi, dans l'hypothèse que nous envisageons, c'est au moment très indéterminé où, selon le cours normal des choses, la possibilité de rapporter la preuve de la mauvaise foi de l'acquéreur, preuve entraînant la réapparition de l'action en revendication, n'a plus de *réalité concrétisable*, que le transfert véritable a lieu. A ce moment, l'apparence est devenue la réalité et l'ancienne propriété a disparu.

La survivance d'un droit de propriété inopposable aux tiers dans ce cas particulier du transfert *a non domino* apparent est donc bien une réalité en droit allemand et en droit suisse comme en droit français. Les tiers n'y sont concrétisés que par une personne ou un groupe de personnes déterminés ne représentant potentiellement ni l'universalité des sujets de droit, ni une partie de cette universalité. Notre règle est falsifiée dans cette mesure; mais nous ne pouvons, au sujet de cette falsification, que répéter la réserve majeure exprimée pour le cas analogue du droit français (test no 1 b, b – 2) : elle tient aux principes généraux du droit concernant l'administration des preuves. De même l'inopposabilité du droit ne saurait être que temporaire.

3. Chose confiée perdue ou volée dans l'hypothèse du transfert de la propriété par constitut possessoire.

Test no 4

a — énoncé :

Sans donner une définition exacte du constitut possessoire, le paragraphe 930 BGB et l'art. 924 CCS en décrivent les effets. Le long historique que nous avons présenté de la différence existant entre le contrat à effet réel du droit français et le contrat à effet uniquement générateur d'obligations des droits romain, allemand et suisse, nous permet de définir facilement l'institution. Le constitut possessoire est la clause contractuelle par laquelle les parties dérogent à la nécessité du transfert de la possession pour conférer la propriété à l'acheteur (au donataire, etc.). C'est justement cette clause très fréquente sous l'Ancien Régime que le législateur français de 1804 a voulu rendre inutile. Comme le dit le paragraphe 930 du BGB, c'est la convention qui remplace alors la tradition et attribue à l'acquéreur la possession médiate (et originaire), alors que le disposant conserve la possession immédiate (et dérivée).

L'art. 924 CCS limite, quant à lui, la possibilité d'une telle convention en exigeant que le vendeur *garde* sa chose à un *titre spécial* (prêt, location, etc.), afin d'éviter que le constitut possessoire ne soit une clause de style de tous les contrats visant à transférer la propriété par le seul effet de la volonté des parties, contrairement aux principes adoptés par le législateur, même lorsque le vendeur s'apprête simplement à livrer la chose à très bref délai. (A noter ainsi que le droit allemand permet aux parties d'opter pour la solution légale du droit français, ce que leur refuse le droit suisse).

La convention remplace donc la tradition et, comme dans la solution légale du droit français, le transfert de la possession originaire est un *effet du contrat*, d'où le transfert de la propriété. Si le disposant n'est pas propriétaire, qu'en est-il alors ? Le tiers acquéreur reçoit-il *a non domino* la possession originaire

aussi bien par l'effet du contrat que par la tradition ? (Nous savons que dans le cas du transfert *a non domino*, le droit français fait justement exception à ses principes dans ce cas et exige la mise en possession réelle du tiers de bonne foi : test no 1, a, a – 2 cf. art. 1141 C. civ.).

b – *Norme positive du droit allemand* :

Le droit allemand règle la question d'une façon tout à fait précise par le paragraphe 933 BGB ainsi rédigé :

“Si une chose aliénée conformément au paragraphe 930 (c'est-à-dire par constitut possessoire) n'appartient pas à l'aliénateur, l'acquéreur en devient propriétaire si la chose lui est remise par l'aliénateur, à moins que l'acquéreur n'ait pas été de bonne foi à cette époque”.

Il n'y a donc pas de transfert *a non domino* valable par constitut possessoire; si l'on veut, le paragraphe 933 introduit une exception à l'exception du paragraphe 930 et partant un retour à la règle générale du paragraphe 929 210).

La solution du droit allemand est donc identique à celle adoptée par le droit français (où le constitut possessoire est la solution légale).

c – *Norme positive du droit suisse* :

Le texte de l'art. 924 CCS ne dit rien quant au cas où le transfert a lieu *a non domino*. Certains auteurs ont vu dans ce silence une lacune qu'ils ont proposé de combler en adoptant la règle du paragraphe 933 BGB : c'est le cas par exemple du commentaire d'Ostertag 211).

Il s'agit là d'une opinion très minoritaire aujourd'hui.

M. Emil Stark repousse quant à lui cette solution dans son commentaire de 1966, en rappelant qu'elle est due à une confusion : la loi protège le tiers par l'institution du transfert *a non domino* en donnant au possesseur immédiat la qualité pour disposer de la chose, parce que le tiers peut croire que celui qui tient la chose en est le propriétaire. Dans le temps qui suit, la tradition a seulement pour effet de porter à la connaissance du public le transfert de la propriété: elle est donc sans pertinence pour ce qui est s'opérer ce transfert, qui a déjà eu lieu. (la propriété se transfère par la tradition *ou* par la volonté des parties, lorsque les conditions légales du constitut possessoire sont remplies). Telle était déjà l'opinion exprimée par le commentaire de Haab Simonius et Scherrer 212). Elle a été reprise par les thèses de MM. Weber 213) et Guisan 214) précitées.

Nous nous rallions volontiers à ces auteurs et nous ajouterons que l'interprétation d'Ostertag s'oppose, à notre sens, à un principe élémentaire d'herméneutique : on ne saurait présumer l'existence d'une lacune, surtout lorsque son comblement introduirait une règle spéciale dérogeant à la règle générale.

210) BGHZ 50, 45 (arrêt de la Cour civile fédérale du 27 mars 1968 où le jeu logique des paragraphes 929 et ss est longuement démontré).

211) Ostertag, n. 17 ad art. 933 CCS.

212) Haab – Simonius – Scherrer n. 65 ad art. 714 CCS.

213) Weber, Das Publizitätsprinzip im schweizerischen Recht der beweglichen Sachen p. 50.

214) Guisan, La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière, p. 77.

Les auteurs comme Ostertag qui ont défendu la théorie de la lacune ont amené cependant la doctrine dominante moderne à introduire une intéressante subtilité d'interprétation dont nous devons faire état ici. Le tiers acquéreur *a non domino*, même de parfaite bonne foi, doit être assimilé aux tiers de mauvaise foi dans la mesure où la possession immédiate de la chose, s'il l'avait eue, l'aurait empêché d'être de bonne foi. M. Guisan donne un exemple très explicite de cette situation²¹⁵). Le vendeur V a vendu à l'acheteur A un livre qui lui avait été prêté par son propriétaire P. V a gardé le livre en sa possession parce que c'est A qui a déclaré alors le lui prêter : situation typique où A aurait dû acquérir la propriété sans tradition, par constitut possessoire; mais il se trouvait que le nom de P. était inscrit sur le livre; A n'a pas pu le voir puisqu'il n'a jamais eu le livre en main. A, malgré sa bonne foi, n'a pas acquis la propriété du livre et se voit opposer le droit de P car, si le livre lui avait été remis, il n'aurait pas été de bonne foi.

Homberger justifie cette solution par la nécessité que l'acquéreur ne bénéficie pas du constitut possessoire²¹⁶), c'est-à-dire ne soit pas favorisé par rapport à l'acquéreur par tradition.

On voit que sur le sujet de l'acquisition de la propriété *a non domino* par constitut possessoire le droit suisse présente une solution originale nullement comparable à celle des droits allemand et français : la protection du tiers y est beaucoup plus large et le droit du propriétaire ne lui est en principe plus "opposable" dès la conclusion de l'acte de vente comportant une clause de constitut possessoire.

d — Conclusion : nature de l'inopposabilité au tiers acquéreur du droit du premier propriétaire :

Le droit allemand ne connaît pas de transfert *a non domino* par constitut possessoire et le droit de propriété du *dominus* reste ainsi toujours opposable au tiers acquéreur dans ce cas. Le droit suisse, quant à lui, connaît au contraire des cas où ce droit devient inopposable aux tiers en cas de transfert *a non domino* par constitut possessoire. On peut cependant dire, là aussi, que le droit est opposable tant qu'il existe c'est-à-dire jusqu'à l'acte juridique comportant la clause de constitut possessoire. Après cet acte, c'est le droit lui-même qui n'existe plus.

On pourrait être trompé par le fait qu'il n'existe pas ici de temps intermédiaire entre l'acte juridique et l'acte réel de transfert, temps pendant lequel le propriétaire peut encore revendiquer sa chose; il est évident que cela ne change rien. Nous nous trouvons en face d'un cas d'inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé conforme à l'usage juridique courant, mais insuffisant à falsifier notre règle. Les questions de la situation intermédiaire et de la survivance du droit après le transfert doivent se traiter de la même façon que dans les cas de transfert par tradition.

215) Guisan, op. cit. p. 74.

216) Homberger, n. 20 ad art. 933 CCS.

4. Double vente par constitut possessoire :

Test no 5

L'hypothèse de fait est exactement celle de la double vente du droit français à laquelle est consacrée l'art. 1141 C. civ.; en effet, nous sommes ici en présence d'un contrat à effet réel. Le vendeur transfère la propriété par l'effet du contrat à son premier acheteur. S'il vend la chose à un seconde personne, par constitut possessoire également, quid de l'opposabilité à celle-ci du droit du premier acheteur ? Il convient d'envisager deux sous hypothèse, celle où le vendeur a finalement livré la chose au second acheteur et celle où il l'a gardée jusqu'au moment où les deux acheteurs s'aperçoivent de la situation.

a — hypothèse no 1 : chose livrée au second acheteur :

Elle peut s'énoncer ainsi : A vend la chose à B par constitut possessoire; il la garde à titre de prêt par exemple et la vend alors par constitut possessoire à C à qui, finalement, il la livre. Cette hypothèse est la plus simple : il s'agit d'un cas de transfert *a non domino* à C de la propriété d'une chose confiée (par B à A), peu importe le mode d'acquisition de la propriété par B; le droit de ce dernier est inopposable à C en vertu du paragraphe 932 BGB et de l'art. 933 CCS (c'est la solution de l'art. 1141 C. civ.).

b — hypothèse no 2 : chose restée aux mains du vendeur :

L'énoncé des faits est le même à la différence que A a gardé la possession immédiate de la chose. B et C prennent connaissance de la situation. B a-t-il la possibilité d'opposer son droit de premier propriétaire à C ?

La réponse découle de la logique des normes concernant le transfert *a non domino* de la propriété des choses confiées. En droit allemand, le premier acheteur ayant acquis son droit *a vero domino*, les effets de la règle du paragraphe 930 BGB concernant le constitut possessoire ont eu normalement lieu et B a acquis la propriété par l'effet du contrat. La vente par A à C a donc été faite *a non domino* et, en application du paragraphe 933, C n'a pas acquis la propriété puisqu'il n'y a pas eu tradition. En conséquence, B sera préféré à C ou, si l'ont veut, le droit de B est opposable à C.

En droit suisse, A a valablement transféré la propriété à B par l'effet du contrat (art. 924 CCS), si A en est resté possesseur à un titre spécial, en exécution d'un contrat de prêt par exemple. Dès lors, la chose doit être considérée comme ayant été confiée à A par B. A vend cette chose confiée à C par constitut possessoire. Ici le tranfert *a non domino* par constitut possessoire a lieu, sauf dans les cas exceptionnels étudiés ci-dessus, et le droit de B est inopposable à C : contrairement au droit allemand (et au droit français), le droit suisse préfère donc le second acheteur. Nous avons à faire à un cas où le droit de propriété du premier acquéreur est inopposable au tiers acquéreur, là aussi dans le sens secondaire et dérivé de l'expression.

D— Considérations sur les 5 tests consacrés à l'opposabilité aux tiers du droit du droit du dominus dans le transfert *a non domino* :

1. Absence de falsification *a priori* :

La première remarque que l'on peut faire ici est bien sûr que les 5 tests que nous venons de présenter aboutissent *a priori* à une solution unique : ils ne falsifient notre règle que dans la mesure où l'on donne à l'expression d'opposabilité aux tiers une sens que nous avons qualifié de secondaire et dérivé du sens propre. Nous n'avons pas retenu cette forme de falsification comme pertinente.

Malgré cela, nous avons consacré de nombreuses pages à étudier les différences existant entre les hypothèses envisagées, sachant bien qu'elles ne mettaient nullement en cause le premier résultat d'absence de falsification *a priori* de notre règle. L'étude de ces différences nous a été utile à introduire, par son contenu tant historique que logique, la réflexion plus approfondie que nous avons à entreprendre sur les liens de sens pouvant exister entre la falsification dérivée établie et une falsification au sens propre.

2. Falsification au sens propre : approfondissement de la recherche :

Nous avons abordé le sujet sous deux aspects préalablement définis, celui de la situation intermédiaire suivant la perte de la possession immédiate de la chose par son propriétaire et celui de l'éventuelle survivance du droit après le transfert.

Sous ces deux aspects, nous pouvions découvrir des cas de falsification de notre règle que notre premier examen global ne nous permettait pas de mettre en lumière.

a — situation intermédiaire :

Nous avons consacré de nombreuses pages à l'étude de cette situation dont nous avons reconnu qu'elle constituait toujours un affaiblissement du droit de propriété, parfois tel qu'il pouvait ressembler à une inopposabilité aux tiers. Nous nous sommes pourtant refusé à y voir une situation tout à fait assimilable.

b — survivance du droit :

Sous ce titre, nous avons tout d'abord reconnu comme propre à falsifier notre règle la situation où le transfert *a non domino* a eu lieu au profit d'un tiers de mauvaise foi, mais où le dominus est provisoirement dans l'impossibilité de rapporter la preuve de cette mauvaise foi.

Cette falsification existe dans les 5 tests choisis se rattachant aux trois droits positifs qui nous servent de référence.

Nous avons émis une réserve importante quant à la pertinence de cette falsification formelle, réserve fondée sur le fait qu'elle a sa source dans un principe élémentaire de l'ordre juridique : l'obligation de chaque sujet de droit de rapporter la preuve de ses droits pour s'en prévaloir.

Nous avons ensuite établi un cas de falsification propre au droit français. Selon la jurisprudence, le droit du premier propriétaire, dans tous les cas de transfert *a non domino*, semble subsister et devenir inopposable aux tiers, alors que le tiers semble n'acquérir qu'une apparence de droit. Nous avons retenu ce cas parce qu'il découle des normes d'un des droits positifs qui nous sert de référence, mais nous nous sommes distancés, avec l'ensemble de la doctrine française, de la solution ainsi établie par la Cour de Cassation.

Les circonstances très spéciales entourant ces deux types de cas de falsification relevés seront, conformément à la méthode de la logique popperienne que nous avons adoptée, les éléments essentiels qui, dans la dernière partie de notre étude, nous permettront d'interpréter le degré de falsifiabilité de la règle éprouvée.

III — L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire mobilier qui a acquis la chose *a non domino* (Etude de quelques cas particuliers)

Le problème d'opposabilité aux tiers d'un droit de propriété que nous aimerions aborder ici est lui aussi lié au transfert *a non domino*. Il ne concerne plus le droit du premier propriétaire mais, au contraire, celui qu'a acquis le tiers de bonne foi. Certaines dispositions légales peuvent à cet égard, et à première vue, nous faire douter que ce droit de propriété soit dans tous les cas opposables aux tiers.

A— L'opposabilité aux tiers du droit de l'acquéreur *a non domino* à titre gratuit en droit allemand (paragraphe 816 BGB)

Test no 6

1. Enoncé de la norme légale :

Sans remettre en cause quoi que ce soit du système précédemment étudié du transfert *a non domino*, le législateur allemand fait jouer, d'une façon extrêmement subtile, le droit des obligations pour lui apporter un important correctif.

Les paragraphes 812 à 822 BGB constituent le titre consacré à l'enrichissement illégitime. Le paragraphe 816 y est consacré à l'obligation découlant de l'enrichissement illégitime consécutif à un acte de disposition illicite (Unberechtigte Verfügung). La première phrase de l'alinéa 1 de ce paragraphe dispose que, lorsqu'une personne qui n'en a pas le droit accomplit un acte de disposition relatif à un objet, et que cet acte est opposable au propriétaire, l'auteur de l'acte de disposition illicite est tenu à restituer au propriétaire ce que son acte lui a rapporté. C'est là la formulation d'une règle découlant naturellement des principes fondant le droit de l'enrichissement illégitime, en droit allemand comme dans les autres droits.

La deuxième phrase du paragraphe 816 al. 1 établit, par contre, un principe original qui doit retenir notre attention; il est ainsi rédigé : "Si l'acte de disposi-

tion a été accompli à titre gratuit, la même obligation incombe à celui qui d'une façon immédiate a tiré un avantage juridique de l'acte de disposition". Cette règle vise plusieurs situations : nous nous contenterons d'analyser les conséquences de son application au cas du transfert *a non domino*. La personne désignée par la loi, "qui d'une façon immédiate a tiré un avantage juridique de l'acte de disposition" doit avoir acquis un droit opposable au propriétaire (renvoi implicite à la première phrase du paragraphe 816 al. 1). La loi vise avant tout les tiers de bonne foi du transfert *a domino* et des institutions analogues 217).

Ainsi, dans la mesure où il a acquis la chose du *non dominus* à titre gratuit, le tiers de bonne foi, dont la loi ne conteste en rien le droit réel, est tenu par une obligation légale à restituer au propriétaire le montant de son enrichissement. En application du principe énoncé au paragraphe 818 al. 1 et 2, c'est la propriété de la chose elle-même qu'il devra retransférer dans la mesure où il en est encore propriétaire 218).

Il s'agit là d'un correctif apporté à la rigueur des règles du droit commun consacrant la protection du tiers de bonne foi 219). Sur le plan formel, le système ainsi établi est parfaitement cohérent et ne pose aucune question théorique particulière. A la suite du transfert, le *dominus* a perdu son droit conformément aux paragraphes 932 ss et partant ne peut bien sûr l'opposer au tiers acquéreur. Il acquiert, d'autre part, mais cela ne concerne que le droit des obligations, une créance contre ce tiers en (re) transfert de la propriété de la chose (créance analogue, quant à son contenu, à celle de l'acheteur du contrat de vente) si le tiers a lui-même acquis la chose à titre gratuit.

L'action du *dominus* n'est pas une action réelle en revendication, mais une action personnelle en exécution d'une obligation légale. Dans la pratique, cette différence a une importance considérable puisque, dans la mesure où le débiteur de cette obligation est insolvable, son créancier ne bénéficie d'aucun privilège et peut alors ne pas retrouver la propriété de la chose.

2. Analyse en termes d'opposabilité aux tiers du droit acquis :

En bonne doctrine, il est évident que la théorie générale des droits réels n'est en rien concernée par le paragraphe 816 BGB et, de ce fait, les auteurs allemands ne se préoccupent guère d'analyser la nature du droit de propriété acquis par le tiers de bonne foi à titre gratuit en considération de cette disposition légale. La nature particulière de notre démarche, où nous tentons toujours d'étudier les institutions juridiques les plus diverses dont les effets peuvent s'approcher de cas d'inopposabilité aux tiers de droits réels voire s'y assimiler, nous permet de dépasser la systématique formelle des textes de loi. Nous pouvons donc nous demander dans quelle mesure, en droit allemand, le droit du tiers de bonne foi acquis *a non domino* à titre gratuit peut-être considéré dans certains cas comme inopposable aux tiers.

217) J W 1910, 810.

218) Soergel – Mühl paragraphe 818 n. 12.

219) Soergel – Mühl paragraphe 816 n. 1.

a — catégorie de tiers concernée :

Tout d'abord, à quel (s) tiers ce droit pourrait-il être inopposable ? Exclusivement au premier propriétaire dépossédé (celui qui est titulaire de la créance en retransfert de la propriété).

Le premier propriétaire dépossédé est-il vraiment un tiers par rapport à l'acquéreur *a non domino* de la propriété de la chose ? La réponse à cette question dépend de la qualification d'*originaire* ou de *dérivé* que l'on donne au mode d'acquisition de la propriété *a non domino*. Si l'acquisition est originarie, le premier propriétaire remplit la condition négative et nécessaire à la qualité de tiers : 220) il est étranger à l'existence de ce droit et au contrat qui est à son origine. Si l'acquisition est dérivée, cette condition fait défaut, un lien de droit existant entre l'acquéreur *a non domino* et le propriétaire dépossédé. Quant à l'élément positif de la qualité de tiers dont nous savons que son contenu varie de cas en cas, il est ici constitué par la créance en transfert de la propriété de la chose.

Nous avons vu que la doctrine allemande est divisée sur le sujet du caractère originarie ou dérivé de l'acquisition de la propriété *a non domino* (test no 3, C, C — 2, troisième tiret). Nous appuyant sur l'avis très majoritaire des auteurs suisses et français, nous avons, pour notre part, opté pour la solution du caractère originarie de ce mode d'acquisition de la propriété. Nous devons donc conclure que le propriétaire dépossédé est bien un tiers par rapport à l'acquéreur de bonne foi du transfert *a non domino*.

b — nature de ce cas "d'inopposabilité" aux tiers :

Sans préjuger pour l'heure de la pertinence de l'expérience que nous tentons, il est possible d'établir à quel type d'inopposabilité aux tiers appartiendrait le cas que nous analysons : serait-ce une inopposabilité au sens propre ou une inopposabilité au sens secondaire et dérivé ?

Le droit de l'acquéreur de bonne foi existe incontestablement et l'existence de ce droit ne peut-être "opposée" au premier propriétaire, c'est-à-dire, en l'espèce, n'est pas un moyen de défense suffisant contre son action (personnelle) en retour de la chose. Nous serions donc en présence d'un cas d'inopposabilité au sens propre.

c — possibilité d'assimilation à un cas d'inopposabilité aux tiers : conclusion

Le droit de propriété de l'acquéreur *a non domino* à titre gratuit naît avec une tare qui détermine sa fin. Il est un vrai droit de propriété, mais qu'un tiers, le précédent propriétaire de la chose, peut détruire par sa volonté unilatérale.

Nous avons relevé la parenté de cette situation avec celle du droit de propriété du vendeur après la conclusion du contrat et avant l'acte translatif. La similitude n'est pas parfaite car l'origine des deux situations est très différente. Dans le cas du droit du vendeur, c'est un acte de volonté du propriétaire (acte juridique) qui a créé cette situation, laquelle n'a pas existé dès la naissance du droit.

220) Notions définies dans Position théorique, chapitre III - B - 2.

Dans une perspective classique, une objection apparaît, que nous avons d'ailleurs déjà évoquée, à la pertinence de ce cas pour falsifier notre règle : en cas de faillite de l'acquéreur *a non domino* à titre gratuit, la masse en faillite acquiert un droit parfaitement opposable au premier propriétaire, qui n'a qu'une créance ordinaire et ne bénéficie pas d'un droit de revendication de la chose. Cette objection est insuffisante car nous savons que l'opposabilité ou l'inopposabilité aux tiers d'un droit ne se conçoit que dans des cas particuliers et concrets. Ainsi, le fait que le droit acquis par la masse en faillite soit opposable aux tiers n'empêche nullement d'affirmer qu'il est des cas où il est inopposable à un tiers particulier et que, partant, notre règle est falsifiée.

La solution que nous proposons ainsi d'admettre : à savoir que notre règle est falsifiable dans certains cas par le jeu du paragraphe 816 BGB, heurte l'esprit juridique; nous le reconnaissons volontiers; cela tient aux habitudes prises de schématisation d'une réalité du droit, infiniment complexe, selon des structures établies au cours des siècles et qui ont eu d'ailleurs la vertu de permettre la préhension de cette réalité : il convient de se souvenir cependant que ces schémas pratiques et si utiles ne sont que des instruments de la connaissance dont il est possible de se libérer quand cela est nécessaire à approfondir cette connaissance justement.

Nous devons admettre que nous sommes ici en présence d'un cas de falsification de notre règle si nous refusons de nous arrêter au niveau de la forme première de la règle du droit. On peut dire aussi que nous illustrons par là la constatation faite dès le début de notre étude que le concept d'inopposabilité aux tiers recouvre formellement des situations fort diverses et irréductibles à une analyse unique.

B— L'opposabilité aux tiers du droit de celui qui a acquis, dans certaines circonstances, un meuble perdu ou volé, particulièrement à titre gratuit, en droit français (art. 2280 al. 1 C. civ.) et en droit suisse (art. 934 al. 2 CCS)

Test no 7

1. Normes légales :

L'art. 2279 al. 2 C. civ. crée une exception à la norme de l'al. 1 du même article, et oblige l'acquéreur de bonne foi du transfert *a non domino*, si la chose a été perdue ou volée, à attendre 3 ans (usucapion) à partir de cette perte ou de ce vol pour acquérir la propriété de la chose. L'art. 2280 limite les cas d'application de cette exception; il est ainsi rédigé : "Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté".

Les auteurs du Code civil suisse ont repris presque mot à mot cette disposition à l'art. 934 al. 2 CCS ainsi rédigé :

“Lorsque la chose a été acquise dans des enchères publiques, dans un marché ou d’un marchand d’objets de même espèce, elle ne peut plus être revendiquée ni contre le premier acquéreur, ni contre un autre acquéreur de bonne foi, si ce n’est à la condition de lui rembourser le prix qu’il a payé”.

Une dispositio analogue existait dans le Code prussien; rien de semblable n’existe dans le BGB 221).

2. Enoncé du problème soulevé :

Ainsi dans ces cas spéciaux de transfert *a non domino*, le propriétaire peut toujours se faire rendre la chose à charge d’en payer le prix. Si le tiers l’a acquise à titre gratuit, le propriétaire peut la récupérer sans avoir à en payer la valeur.

Dans la perspective qui nous intéresse, et qui consiste à découvrir un éventuel cas d’*inopposabilité* aux tiers du droit de propriété, il convient d’analyser cette norme sur un plan théorique et d’établir si le tiers de bonne foi acquiert dans ce cas une propriété *inopposable* aux tiers ou s’il n’acquiert pas la propriété du tout.

Le dilemme est simple: la simple lecture des textes légaux ne nous permet cependant pas de le trancher, les législateurs, dont le but est essentiellement pragmatique, ignorent en effet l’étape logique du transfert de la propriété et parlent en terme de droit ou d’absence de droit de revendiquer. A vrai dire, justement, le terme même de *revendiquer*, employé dans la loi suisse, semble indiquer que le propriétaire a conservé son droit. Encore conviendrait-il que le mot fût employé dans son sens technique précis pour que l’on en pût tirer argument, or on connaît l’imprécision terminologique du CCS. Plus prudent à cet égard, le législateur français parle, en des termes très peu juridiques, du droit du propriétaire originaire de *se faire rendre* la chose.

Enonçons plus précisément les deux solutions envisageables. La première est celle où la propriété n’est pas transférée au tiers, laquelle reste au propriétaire originaire. Comment expliquer alors l’obligation de ce dernier de payer le prix de la chose pour pouvoir la revendiquer ? La seule possibilité de répondre à cette question consiste à analyser cette obligation comme une obligation légale attachée au droit de revendiquer dans ce cas. Il ne peut donc être question d’*inopposabilité* au tiers propriétaire originaire du droit de l’acquéreur puisque justement ce droit n’existe pas. La seconde solution consiste à considérer que le tiers a valablement acquis la propriété de la chose, mais a l’obligation légale de la retransférer au premier propriétaire contre paiement, ou à titre gratuit s’il l’a lui-même acquise de cette façon. Cette interprétation des arts. 934 al. 2 CCS et 2280 C. civ. apparente ces dispositions à celle du paragraphe 816 BGB que nous avons étudiée plus haut. Notre règle serait une nouvelle fois falsifiée.

3. Choix d’une solution :

Plusieurs éléments peuvent contribuer à déterminer notre choix entre les deux solutions envisagées. Le premier est d’ordre purement systématique et légal. Les art. 2280 C. civ. et 934 al. 2 CCS consacrés à l’acquisition par un tiers

221) E. Stark, Das Sachenrecht (Besitz und Grundbuch) n. 47 ad art. 934 CCS.

de bonne foi de choses perdues ou volées, dans un marché etc, suivent immédiatement les dispositions consacrées à l'acquisition de choses perdues ou volées en général (art. 2279 al. 2 C. ci. et 934 al. 1 CC) 222).

Nous avons clairement montré que, dans ces derniers cas, c'est la propriété elle-même qui n'est pas acquise par le tiers de bonne foi. La disposition envisagée de chacun des deux droits apparaît donc comme une norme limitant l'effet pratique de la règle antérieurement énoncée par la création de cette "contre-obligation" légale du propriétaire. On peut dès lors en déduire, quand au fond, que la règle de l'absence de transfert de la propriété reste la même.

La jurisprudence suisse opte implicitement pour la solution de l'absence de transfert de la propriété en refusant au propriétaire dessaisi l'action en dommage intérêt contre le ou les possesseurs intermédiaires de bonne foi au titre de la *subrogation réelle* 223) : ce que le propriétaire dépossédé peut faire, c'est *suivre sa chose* et non réclamer sa valeur qui aurait remplacé sa propriété, 224) simplement parce qu'il est toujours propriétaire.

Enfin, tant la jurisprudence française 225) que la jurisprudence suisse 226) analysent le droit du tiers acquéreur de bonne foi de garder la chose jusqu'à paiement de son prix comme un droit de *rétenion* légal et par conséquent non comme un droit de propriété inopposable à l'ancien propriétaire. La doctrine suit également cette voie. 227)

Nous devons conclure que la présente expérience n'est pas propre à falsifier notre règle.

IV – L'opposabilité aux tiers du droit de propriété sur les biens mobilisés par anticipation :

A – L'opposabilité aux tiers du droit de l'acheteur d'un meuble par anticipation en droit français

Test no 8

1. Notion de meuble par anticipation et énoncé du problème :

a – *Notion de meuble par anticipation*

Le problème de l'opposabilité aux tiers du droit de propriété que nous soulevons ici est lié à la définition des concepts de *meuble* et d'*immeuble* en droit

222) La doctrine française dit souvent qu'il convient d'interpréter les art. 2279 et 2280 comme constituant un tout: Planiol, Ripert, Picard, *Traité pratique de droit civil français* tome III no 395 p. 394. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français* vol. II paragraphe 183 no 104 note 45.

223) Arrêt Eisenhut contre Hoogstral du 1^{er} mars 1945 ATF 71 II 90.

224) E. Stark, n. 45 ad art. 934 CCS.

225) Arrêts de la Cour de Paris du 7 février 1950 et du 3 janvier 1951 : D. 1951, 2, 456.

226) ATF 71 II 90, précité.

227) E. Stark, n 46 ad art. 934 CCS. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, par Juglart t. II, 2^{ème} vol. no 155.

français ou, plus exactement, au fait qu'il existe des choses d'une nature spéciale que la pratique des affaires amène à ne pouvoir qualifier ni vraiment de meubles ni vraiment d'immeubles : la doctrine et la jurisprudence les ont qualifiées de *meubles par anticipation*. M. Weill les définit comme "des biens qui se présentent actuellement en tant qu'immeubles en fait et qui revêtent le caractère mobilier à raison de leur transformation prochaine en meubles par suite des transactions dont ils sont l'objet". 228)

L'art. 520 al. 1 et 2 C. civ. concerne ces meubles par anticipation; il est ainsi rédigé :

"Les récoltes pendantes par les racines, et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles. Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles".

Ainsi lorsqu'un contrat, par exemple de vente, porte sur des récoltes pendantes par les racines ou des fruits non encore recueillis, il porte en principe sur des immeubles mais concerne en réalité les meubles qu'ils seront plus tard : il s'agit d'une vente de meubles par anticipation.

La doctrine unanime considère que la norme de l'art. 520 C. civ. est également applicable à tous les cas analogues tels celui des minerais extraits du sol 229) : c'est dans ce dernier domaine qu'il existe une jurisprudence dont nous pouvons faire usage.

Il convient de rappeler que la théorie des meubles par anticipation en France a son origine dans la théorie des *catteux* de l'ancien droit de certaines provinces, particulièrement du Nord. 230) Les biens de ce type y étaient parfois extrêmement nombreux et se divisaient en deux catégories : les catteux verts qui ne comprenaient que des choses douées de vie 231) et les catteux secs.

"On rangeait, sous cette dénomination, un certain nombre de bâtiments superficiels de faible importance, par opposition aux bâtiments plus importants qui, dans les mêmes coutumes, étaient toujours immeubles. C'étaient en général, les bâtiments d'exploitation agricole, de "besognes rustiques comme dit Loyseau. Ainsi figuraient parmi les catteux secs, les granges, les étables, les écuries, hangars, remises, les agrès des moulins". 232)

Il est évident que, pour faire preuve d'une logique parfaite, nous aurions dû consacrer ici une section indépendante de notre étude à l'opposabilité aux tiers du droit de propriété sur les meubles par anticipation, parallèle à celles consacrées respectivement à l'opposabilité aux tiers de la propriété mobilière et à celle de la propriété immobilière. Nous avons jugé cette démarche peu utile étant donné qu'il s'agit toujours d'envisager finalement le droit d'un propriétaire *mobilier* même s'il a initialement acquis son droit sur un meuble par anticipation.

b – Enoncé du problème :

Comme nous le savons, en droit français, la propriété des meubles comme celle des immeubles et par conséquent comme celle des meubles par anticipation,

228) Weill, Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, p. 271.

229) Planiol – Ripert – Picard, op. cit. tome III no 102. Aussel, op. cit. p. 125 no 109.

230) Fréjaville, Des Meubles par Anticipation, p. 24.

231) Fréjaville, op. cit. p. 25.

232) idem p. 28.

se transfère par le seul effet de la convention. Les conditions de l'opposabilité aux tiers du droit de propriété de l'acquéreur sont, par contre, différentes selon que la chose est un meuble ou un immeuble. Qu'en est-il des meubles par anticipation ?

Posons la même question d'une façon concrète : A est propriétaire d'un terrain planté de blé. Il vend le blé sur pied à B qui en acquiert la propriété du fait du contrat, A vend alors le terrain à C qui transcrit l'acte avant que le blé ne soit coupé.

B peut-il revendiquer le blé contre C et à quelles conditions ?

2. Analyse en termes d'opposabilité aux tiers :

a — *question préjudicielle de la validité de la clause contractuelle* :

Le contrat entre A et B porte sur un immeuble auquel les parties donnent fictivement la qualité de meubles. On peut *a priori* douter de la validité d'une telle clause de la convention : le principe de la liberté contractuelle a un champ d'application clairement délimité qui est celui de la liberté de créer des *obligations* pour les parties (et de transférer la propriété pour certains contrats). Il n'appartient pas aux parties de changer par leur seule volonté la qualité d'une chose. (Nul ne saurait vendre un immeuble et en transférer à l'acheteur une propriété opposable aux tiers selon les règles de la vente mobilière par l'effet de la commune volonté du vendeur et de l'acheteur).

Personne ne conteste pourtant sérieusement la validité de la vente de meubles par anticipation selon les règles de la vente mobilière : cela tient à ce que chacun reconnaît que les immeubles visés par l'art. 520 C. civ. (récoltes pendants par exemple) sont des immeubles d'occasion et que leur vente selon les règles immobilières aurait pour seul effet de nuire au rythme des affaires par des complications sans pertinence.

La convention est donc valable, valable entre les parties dirait une certaine doctrine, valable dans l'absolu dirons-nous pour notre part puisque, comme nous l'avons souvent exprimé déjà, nous nous refusons à admettre l'existence dans le relatif; établir la validité d'une convention ce n'est pourtant établir, il est vrai, que ses effets entre les parties, mais cela tient à la notion même de convention.

b — *question de fond* :

b — 1 : avis de la doctrine :

Reprenons la question que nous avons posée de l'opposabilité aux tiers C acheteur du terrain, du droit de l'acheteur du blé B. Répondre à cette question concrète, c'est résoudre le problème théorique fondamental qui la sous-tend et que l'on peut énoncer ainsi : la clause de la convention qui change la nature de la chose immobilière et en fait un meuble, clause valable, a-t-elle un effet à l'égard de tous les sujets de droit ou seulement entre les parties au contrat ?

Chacune des deux réponses opposées à cette question se heurte à de graves objections logiques.

On peut tout d'abord admettre, en vertu du principe de la relativité des conventions, que la clause de mobilisation par anticipation n'a d'effets qu'entre les parties, mais comment se peut-il qu'une même chose soit mobilière à l'égard de certaines personnes et immobilière à l'égard d'autres alors que ce caractère fait partie de l'essence concrète de la chose elle-même ?

On peut considérer, au contraire, que la nature de la chose a été modifiée dans l'absolu par l'effet du contrat : mais on se heurte alors de nouveau à l'art. 1165 C. civ. établissant le principe de l'effet relatif des conventions. C'est un obstacle que la jurisprudence considère comme insurmontable²³³). La doctrine, au contraire, estime généralement qu'il est possible de le surmonter, et elle se divise ici en deux tendances quant au fondement de cette possibilité. Le doyen Josserand propose pour sa part une *limitation spéciale* du principe de l'art. 1165 propre à la vente avec clause de mobilisation par anticipation : admettre la validité de cette clause c'est, de fait, limiter l'application du principe de l'effet relatif des conventions²³⁴).

M. Weill, au contraire, considère qu'admettre les effets *erga omnes* de la clause de mobilisation par anticipation ce n'est en rien limiter le principe de l'art. 1165, lequel s'adresse à *l'effet générateur d'obligation* des conventions, alors que la clause de mobilisation par anticipation est génératrice d'un *fait* objectif; il écrit :

“Les actes juridiques portant sur les meubles par anticipation tels qu'une vente, une donation, un apport en société, n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, en ce sens que ces dernières sont seules tenues des obligations du vendeur, de l'acheteur, du donateur, du donataire. Mais qu'on fasse reconnaître aux tiers que les parties ont considéré l'objet du contrat en se plaçant par anticipation, au jour de son exécution, c'est un fait, une vérité qui s'impose à tous. La convention qui crée des meubles par anticipation est, en réalité comme toute convention un *fait* opposable *erga omnes*”.²³⁵)

La solution de M. Weill est flatteuse pour l'esprit; il n'en reste pas moins que l'objet de la clause contractuelle qui est de changer dans l'absolu la nature d'une chose est pour le moins difficile à concevoir en droit : l'accord des parties sur la qualification de la chose ne crée en soi aucune obligation pour les parties et n'a pas non plus d'effet de transfert de la propriété. Elle n'a donc aucun des deux effets que la théorie générale des obligations reconnaît normalement aux contrats.

Elle n'est au plus que le mode de création d'une situation de fait (dans l'absolu bien sûr) nécessaire à un contrat qui ne saurait obliger, quant à lui, que les parties.

Envisageons maintenant les conséquences respectives des deux solutions possibles à notre problème (clause de mobilisation par anticipation inopposable ou opposable aux tiers) dans la situation concrète énoncée plus haut.

Si cette clause emportant qualification de la nature de la chose n'a pas d'effet *erga omnes*, le blé non coupé reste immeuble (sauf pour A et B). C transcrit l'acte d'acquisition de la propriété, de “bonne foi” ou non peu importe (la notion de bonne foi n'a pas de pertinence puisque, même s'il connaît l'existence du contrat entre A et B, C n'a nul devoir d'en tenir compte, B n'ayant pas

²³³) Cass. Civ. 28 novembre 1949, S. 1950, 1, 100.

²³⁴) Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé, no 311.

²³⁵) Weill, Le Principe de la Relativité des Conventions en droit privé français, p. 275.

transcrit son acte : art. 30 du décret 55 - 22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière).

Par l'effet du contrat, C est devenu propriétaire du blé (accession : art. 552 al. 1 C. civ.) : il a lui-même transcrit et ne peut plus se voir opposer le droit de B.

Imaginons maintenant les conséquences de la solution contraire où la qualification de meuble est opposable *erga omnes*. On doit envisager ici deux sous hypothèses. Tout d'abord le contrat entre A, de mauvaise foi, et C prévoit expressément que ses effets s'étendront au blé non encore coupé. Nous sommes alors dans un cas ordinaire de double vente mobilière auquel on applique l'art. 1141 C. civ. C est préféré à B dans la mesure où, d'une part, il a pris possession du blé et où, d'autre part, il l'a fait de bonne foi. La transcription de son acte est sans effet par elle-même, si ce n'est éventuellement comme indice de la prise de possession. Si l'une de ces deux conditions fait défaut, B peut revendiquer le blé contre C.

Deuxième sous hypothèse : le contrat entre A et C ne prévoit rien et A, de bonne foi, n'a pas l'intention de transférer la propriété du blé à C, sachant qu'il en a déjà disposé en faveur de B. C, de bonne foi, croit acquérir la propriété du blé ! Cette fois, c'est la cause du transfert, le contrat, qui fait défaut et B peut dans tous les cas revendiquer le blé.

On voit que le critère est l'intention du disposant A. Il est assez paradoxal, à cet égard, de constater que la bonne foi du disposant A joue en faveur de l'acquéreur mobilier B alors que la mauvaise foi du même disposant A joue en faveur de l'acquéreur immobilier C, B et C étant tous deux de bonne foi.

b - 2 : position de la jurisprudence et théorie de Fréjaville :

La jurisprudence a, de tout temps, choisi la solution de l'inopposabilité aux tiers de la clause contractuelle de mobilisation par anticipation 236).

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le montrer dans notre analyse précédente, la doctrine, dans sa majorité, défend l'opinion contraire 239).

La thèse de Fréjaville de 1927 propose une solution encore différente : elle consiste à soumettre l'opposabilité aux tiers de la vente des meubles par anticipation aux conditions du droit mobilier dans la mesure où la séparation future ne porte pas atteinte à la valeur du fond lui-même (cas des récoltes par exemple), et aux conditions du droit immobilier si elle en diminue notablement la valeur (cas des minerais par exemple) 238).

Cette distinction ne trouve malheureusement guère de fondement dans le texte légal.

b - 3 : solution proposée :

236) Arrêts de la Cour de Cassation : 15 déc. 1857, S. 60 1, 536. 24 mai 1909, S. 1911, 1, 9 : D. P. 1910, 1, 489. 2 juin 1934, D. P. 1935, 1, 65. 28 novembre 1949, S. 1950, 1, 100, 12 janvier 1954 : J. C. P. 54. 11. 8026.

Arrêts de Cours d'appel : Nîmes, 26 avril 1865, D. P. 1865, 2, 153. Montpellier, 23 octobre 1922, D. P. 1923, 2, 97.

237) Aussel, op. cit. p. 125. Josserand, op. cit. p. 378-379, no 302-303.

238) Fréjaville, op. cit. p. 285 ss.

Nous préférons pour notre part la solution de la jurisprudence et cela pour plusieurs motifs. Tout d'abord, la solution de la doctrine est exorbitante du système du droit français (et européen continental) : le caractère mobilier ou immobilier n'est pas une pure fiction mais tient à une réalité matérielle à laquelle la volonté du législateur peut apporter quelques corrections d'importance limitée (cf. nos réflexions sur le niveau épistémologique de la règle de droit). Même si, avec la doctrine, nous admettons que le principe de la relativité des conventions énoncé par l'art. 1165 C. civ. ne vise pas les cas de cette espèce et ne concerne que l'aspect générateur d'obligation des conventions 239), nous ne pouvons admettre que la volonté des parties puisse, d'une façon purement fictive, changer la nature de certaines choses.

L'institution de la mobilisation par anticipation est admise parce que, comme l'écrit Fréjaville :

“C'est de toute époque, évidemment que l'on a vendu des récoltes sur pied, des fruits pendants ou des matériaux de démolition 240) !

C'est là une nécessité de la vie des affaires, mais il n'y a nul besoin de lui permettre d'empiéter sur les autres nécessités de l'ordre juridique. La solution de la doctrine amène, d'autre part, à des incohérences logiques du type de celle que nous avons relevée plus haut : c'est la bonne foi du disposant qui seule permet de trancher le différent opposant les deux acheteurs successifs, lesquels n'en peuvent mais . . .

Une autre solution est envisageable, qui n'a été admise que par un petit nombre d'auteurs : on la trouve notamment dans le Cours de Code Napoléon de Demolombe 241) : elle consiste à considérer que le contrat de vente portant sur un meuble futur ne transférerait pas de son seul fait la propriété, par dérogation aux art. 1138 et 1583 C. civ. Cette solution serait fondée sur une identité de motifs avec l'art. 1585 qui concerne les choses de genre. La propriété ne serait acquise qu'à la suite de la séparation de la chose immobilière (cf. individualisation) et serait conforme au vieux principe romain selon lequel il ne peut y avoir deux propriétés distinctes sur deux parties d'une même chose. La thèse de Fréjaville a repris cette théorie pour finalement s'en écarter parce que :

“Les choses vendues, arbres, matériaux, minerais, fruits, récoltes, existent en général, au moment de la vente et sont déterminées dans le contrat. On ne voit pas pourquoi, dès lors, les contractants n'auraient traité que sur un droit incorporel le droit de les mobiliser, et auraient retardé le transfert de propriété. Dès l'instant où la chose existe, dans sa constitution atomique définitive, et qu'elle est parfaitement individualisée à l'époque de la vente, le transfert de propriété se produit au moment même de la convention. 242)

Quant à ses conséquences pratiques, la solution de Demolombe ne se distingue que très peu de celle de la jurisprudence; elle permet seulement en plus à l'acheteur une action directe en revendication contre le tiers détenteur sans droit.

c — Nature de ces cas d'inopposabilité aux tiers par rapport à nos définitions:

c — 1 : énoncé de la question :

239) Weill, op. cit., p. 275 (précité).

240) Fréjaville, op. cit., p. 285.

241) Demolombe, op. cit. tome IX no 153.

242) Fréjaville, op. cit. p. 167-168.

Il convient que nous en restions maintenant à la solution de la jurisprudence et l'analysions dans notre perspective théorique. Il va donc de soi que les considérations qui vont suivre sont tout-à-fait extérieures aux débats habituels de la doctrine, qui, justement, combat cette jurisprudence. On remarquera notamment que, dans cette perspective, la solution du conflit entre propriétaire mobilier et propriétaire immobilier que nous propose M. Aussel, se référant à son maître M. Becqué,²⁴³) ne nous intéresse pas (MM. Becqué et Aussel proposent une solution fondée sur l'art. 1328 C. civ., c'est-à-dire sur le principe de l'antériorité du titre).

La question qui seule nous intéresse présentement s'énonce ainsi : le droit réel de propriété mobilière de B se trouve-t-il parfois inopposable aux tiers (en l'espèce C mais qui représente potentiellement l'universalité des sujets de droit) dans l'une ou l'autre de nos définitions ? (Nous évoquerons parallèlement bien sûr l'opposabilité à B du droit de propriété immobilière de C, qui lui correspond). Nous devons ici envisager deux hypothèses de faits.

c — 2 : première hypothèse : qualité du droit mobilier *avant* l'inscription du droit immobilier :

(C'est là une hypothèse que la doctrine n'envisage presque jamais). La propriété (mobilière) de B existe déjà; B peut donc revendiquer sa chose (le blé) contre le vendeur A ou contre tout détenteur sans droit y compris C, s'il se trouve que celui-ci a déjà la possession réelle de l'immeuble (avant la transcription); C n'a pas une propriété opposable aux tiers sur le blé, dès lors justement que, pour lui, il s'agit d'un immeuble *et qu'il n'a pas encore transcrit* (rappelons que cette transcription lui serait nécessaire à acquérir *la propriété elle-même* puisque le transfert de la propriété a lieu *a non domino*).

Si C maintenant coupe le blé et en devient le possesseur (toujours avant transcription de l'acte) cela ne change rien au fond de la solution puisqu'il devient alors possesseur d'une chose mobilière par séparation d'une chose immobilière dont il ne peut opposer la propriété aux tiers. Il ne peut donc se prévaloir du fait qu'il a acquis cette possession immédiate avant B (et partant la propriété comme dans le transfert *a non domino* des choses mobilières). Nous pensons pouvoir affirmer de plus que, dans le cas où le blé a été coupé avant la transcription de l'acte, C n'est même plus en mesure d'acquérir plus tard la propriété du blé par cette transcription : en effet, le blé est devenu, même pour C, un meuble avant la transcription et celle-ci n'a donc plus d'effet sur l'acquisition de la propriété; or, quand le blé a été coupé, seul B en était propriétaire puisque l'acte avait été conclu *a non domino*.

On remarque ainsi que, dans tous les cas, le droit de B est opposable aux tiers C jusqu'à transcription de l'acte par lequel ce dernier acquiert le droit de propriété immobilière.

(A noter ici que la solution serait différente, pour des motifs évidents tenant à la logique du système juridique, si A coupait lui-même le blé pour le

²⁴³) Aussel, op. cit. p. 132.

remettre à C : on pourrait voir ici un second contrat de donation mobilière *a non domino*, opposable à B si C est de bonne foi : c'est un cas ordinaire de transfert mobilier *a non domino* qui ne nous intéresse plus ici).

c - 3 : deuxième hypothèse : qualité du droit mobilier *après* l'inscription du droit immobilier :

— principe :

Après la transcription de l'acquisition de la propriété immobilière par C, pour peu que le meuble par anticipation soit toujours à ce moment immeuble dans la réalité, B ne peut plus le revendiquer, mais parce que c'est son droit lui-même qui a cessé d'exister. Nous sommes donc dans un cas d'inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé conforme à l'usage juridique courant.

— situation intermédiaire :

Comme dans les cas de transfert *a non domino* des meubles, la question peut se poser de l'existence d'une situation intermédiaire, antérieure au transfert de la propriété au tiers, pendant laquelle les effets apparents du droit du propriétaire sont affaiblis d'une façon telle que la situation pourrait être assimilée à un cas d'inopposabilité aux tiers au sens propre.

Cette situation intermédiaire du droit ne se présente pas ici d'une façon tout-à-fait identique à celle que nous avons rencontrée dans nos premiers tests (test no 1, b, b - 1 ; test no 3, c, c - 2) et cela pour la raison suivante : dans les cas purement mobiliers, le tiers ne peut acquérir de droit que par l'effet de la condition stricte de sa bonne foi. (Comme l'écrit M. Hinderling à propos du droit mobilier suisse 244), il faut classer la *bonne foi* au nombre des causes de transfert de la propriété, cause alternative par rapport aux autres, c'est-à-dire inutile s'il en existe déjà une).

Dans le cas de la double vente par l'effet d'une clause de mobilisation par anticipation, la bonne foi est une notion dépourvue de sens, du moins le pensons-nous. Elle n'est présente que sous la forme des présomptions irréfragables des règles de publicité foncière (cf. art. 30 du décret du 4 janvier 1955 qui définit expressément quels tiers ne peuvent se prévaloir de l'inopposabilité d'un droit non publié : al. 2.

"Ne peuvent toutefois se prévaloir de cette disposition les tiers qui étaient eux-mêmes chargés de faire publier les droits concurrents, ou leurs ayants cause à titre universel".

La mauvaise foi de ces derniers est établie par la loi, celle des autres est déclarée sans pertinence).

On peut en conclure que la situation du droit du propriétaire mobilier est ici encore plus proche de celle de l'inopposabilité aux tiers au sens propre, en cela qu'il n'est même pas possible à ce propriétaire d'informer le tiers pour faire cesser sa bonne foi. Nous avons pourtant clairement établi que la compétence du propriétaire mobilier pour revendiquer sa chose subsistait tant que le droit lui-même existait. Nous pensons donc que la situation dite intermédiaire du droit

244) Hinderling. Die Bedeutung der Besitzübertragung für den Rechtserwerb im Mobiliarsachenrecht, p. 159.

du propriétaire mobilier dans ce cas n'est pas assimilable à une véritable situation d'inopposabilité aux tiers d'un droit de propriété et que, notre règle n'est pas falsifiée.

Cet exemple nous permet pourtant de mieux illustrer la notion de situation intermédiaire en mettant au jour un cas où elle s'approche plus encore de l'inopposabilité aux tiers avec laquelle elle a été si souvent confondue.

B — Deux problèmes d'opposabilité aux tiers du droit de propriété sur les accessoires de biens immobiliers en droit suisse :

1. L'opposabilité aux tiers du droit de propriété sur les accessoires lors du transfert de la propriété de la chose principale immobilière en général :

Test no 9

a — notion d'accessoire et énoncé du problème :

a — 1 : notion d'accessoire :

Le CCS définit précisément la notion d'accessoire à son art. 644 al. 2 : "Sont des accessoires les objets mobiliers qui, d'après l'usage local ou la volonté clairement manifestée du propriétaire de la chose principale, sont affectés d'une manière durable à l'exploitation, à la jouissance ou à la garde de celle-ci et qu'il y a joints, adaptés ou rattachés pour le service de la chose".

Dans la systématique du droit suisse, la notion d'accessoire s'oppose à celle de partie intégrante, notion définie par l'art. 642 CCS. "Le propriétaire d'une chose l'est de tout ce qui en fait partie intégrante. En fait partie intégrante ce qui, d'après l'usage local constitue un élément essentiel de la chose et n'en peut être séparé sans la détruire, la détériorer ou l'altérer".

Ces règles sont valables tant pour les choses mobilières que pour les choses immobilières. Les parties intégrantes ne sont pas des choses distinctes mais les éléments constitutifs de la chose elle-même; les accessoires sont des choses indépendantes et nécessairement mobilières que la chose principale soit elle-même mobilière ou immobilière.

La manière dont le législateur suisse a traité le sujet de cette réalité très concrète est proche de celle adoptée par le législateur allemand (paragraphe 97 et 98 BGB) sans être tout-à-fait identique (critère exclusif de la destination *économique* de l'accessoire en droit allemand)²⁴⁵).

Le législateur français a, par contre, traité la question d'une façon totalement différente (théorie des immeubles par destination qui permet de donner fictivement le caractère immobilier aux accessoires des immeubles : art. 524 C. civ. particulièrement dernier alinéa). Nous nous contenterons de l'étude de

²⁴⁵) Cf. arrêt de la Cour civile fédérale du 5 août 1951 dans la cause D. S. contre H. et M., à propos des accessoires et des fruits d'une exploitation agricole (BGHZ 41, 7 ss. particulièrement p. 8 no 2).

la question en droit suisse pour ne pas allonger inutilement notre exposé et en tenant compte du fait que les institutions du droit suisse sont ici les mieux à même de fournir une matière intéressante dans notre perspective.

Les exemples d'accessoires d'une chose immobilière sont classiques : ce sont les fenêtres et les volets d'une maison, les machines d'une usine, les meubles d'un hôtel (mais non les meubles d'une maison d'habitation ordinaire)²⁴⁶). Dans la pratique, les accessoires des immeubles, objets mobiliers distincts de l'immeuble mais ayant un lien juridique avec lui, ont servi de palliatif à l'absence d'hypothèque mobilière, comme l'a écrit M. Pierre Cavin :

"L'absence d'hypothèque mobilière est une lacune regrettable de notre droit civil : le commerçant, l'artisan ne peuvent donner en garantie les objets qui leur sont nécessaires pour l'exploitation de leur industrie. La vente sous réserve de propriété n'est qu'un palliatif insuffisant car elle ne garantit que la créance du vendeur, et d'ailleurs elle donne lieu à de fréquents abus.

Par le recours à la notion d'accessoires, qui a reçu une interprétation étendue, la pratique a dans une très large mesure pallié les inconvénients résultant de l'absence d'hypothèque mobilière. Le propriétaire d'un immeuble pourra hypothéquer un matériel d'exploitation, des machines, un mobilier d'hôtel en les rattachant comme accessoires à son immeuble, en les y incorporant en quelque sorte. Il ne s'agit pas d'une hypothèque mobilière portant spécialement sur ces biens mobiliers, mais d'un élargissement de la notion d'immeuble : ces biens sont compris dans l'hypothèque parce que compris, en vertu de l'art. 644, dans le bien-fonds. L'hypothèque ne les grève qu'en tant qu'accessoires de l'immeuble".²⁴⁷)

La jurisprudence a admis, après plusieurs hésitations, et en se fondant sur des arguments historiques et téléologiques que des accessoires pouvaient être la propriété de personnes autres que le propriétaire de l'immeuble chose principale²⁴⁸). Cette position, aujourd'hui unanimement admise par la doctrine, découle d'ailleurs assez logiquement du texte de l'art. 644 al. 1 CCS, qui apparaît ainsi comme un cas d'application du principe reconnu par la jurisprudence :

"Tout acte de disposition relatif à la chose principale s'étend aux accessoires, *si le contraire n'a été réservé*".

Il convient d'ajouter à ce texte légal pour dissiper tout doute sur son interprétation : cette réserve est valable même si les parties ont convenu de maintenir ces choses dans l'état d'accessoire après le transfert de la propriété de la chose principale.

a – 2 : énoncé du problème :

Nous avons établi qu'il peut exister sur les accessoires d'un immeuble un droit de propriété dont le titulaire n'est pas le propriétaire de l'immeuble chose principale.

Si A est propriétaire de l'immeuble et B propriétaire de certains de ses accessoires, et que A aliène l'immeuble à C, le droit de B est-il opposable à C ?

b – résultat du test au vu de la jurisprudence :

²⁴⁶) Meier – Hayoz, n. 10 ad art. 644-645 CCS.

²⁴⁷) Cavin, Les accessoires en droit civil, p. 67.

²⁴⁸) Arrêt du Tribunal fédéral du 22 juin 1934, dans la cause Lévy contre Banque de l'Etat de Fribourg (ATF 60 II 191, particulièrement 194 avec références citées).

Le Tribunal fédéral a répondu à la question ci-dessus posée dans un arrêt du 22 mai 1930 ²⁴⁹⁾ en considérant que le cas est en tout point assimilable au transfert *a non domino* ordinaire, dont on doit par conséquent appliquer les règles. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, l'art. 644 al. 1 CCS, bien que se situant au livre des droits réels n'est qu'une règle (dispositive) sur les *effets du contrat* de vente (de donation ou de change), ou plus exactement, l'acte unilatéral de disposition, auquel la loi se réfère.

Dans notre perspective, qui consiste à établir si nous nous trouvons ici en présence d'un véritable cas d'inopposabilité aux tiers du droit de propriété envisagé, il importe naturellement de déterminer à quel moment le tiers acquéreur immobilier (de bonne foi, en application des principes reconnus par la jurisprudence) acquiert le droit de propriété, ce qui entraîne la disparition du droit du propriétaire mobilier; cela nous permet alors d'établir s'il a existé antérieurement un moment où le droit existait encore mais n'était plus opposable aux tiers.

En bonne logique, si l'on suit la jurisprudence, ce transfert doit avoir lieu au moment de la transcription de l'acte de vente immobilière, transcription qui fait acquérir au tiers de bonne foi la propriété de l'immeuble et de ses accessoires.

La solution est hybride en cela qu'elle regroupe des principes du droit immobilier et des principes du droit mobilier, ce qui correspond, il est vrai, à la nature du contrat liant le vendeur et l'acheteur principalement immobilier, mais crée un problème assez inhabituel dans les contrats immobiliers: jusqu'à quel moment l'acheteur principalement immobilier, que nous avons appelé C, doit-il être de bonne foi ? Jusqu'au transfert de la propriété de l'immeuble et de ses accessoires par l'inscription au Registre Foncier de l'acquéreur comme propriétaire, semble-t-il. Si telle est la solution, nous nous apercevons une fois de plus que le propriétaire mobilier des accessoires, que nous avons nommé B, peut opposer son droit tant qu'il existe et que c'est sa disparition qui le rend "inopposable" au tiers C. Nous nous trouvons donc en présence d'un cas d'inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé.

La jurisprudence, repoussée apparemment par ce que nous avons appelé le caractère hybride et inhabituel de cette solution, a choisi une voie toute différente qui modifie totalement le résultat de notre test. Extrayons tout d'abord le paragraphe fondamental de l'arrêt précité du Tribunal fédéral :

Le fait que la vente a porté sur les pressoirs aussi bien que sur l'immeuble ne permet pourtant pas encore de dire que la demanderesse n'est plus fondée à en réclamer la restitution. Il en est en l'espèce comme dans le cas d'une vente quelconque d'une chose mobilière dont l'aliénateur n'aurait pas qualité pour disposer, c'est-à-dire qu'en application des art. 714 al. 2, 933 et 936 al. 1 Cc, la solution du litige dépend de la question de savoir si la défenderesse était ou non de bonne foi *lors de la passation de l'acte* du 1er mai 1922 ²⁵⁰⁾.

La passation de *l'acte* dont il est question ici est synonyme de conclusion du contrat. Rien ne nous laisse en effet supposer eu égard au langage juridique courant, qu'on fait allusion à l'acte de disposition constitué, selon la jurispru-

249) Arrêt Masse en faillite de la Société coopérative des vignerons et consommateurs aubergistes contre Bucher – Guyer et Petrig. (ATF 56 II 183, particulièrement 186, consid. 2).

250) ATF 56 II précité p. 186.

dence et la doctrine²⁵¹) par la réquisition d'inscription du transfert par le vendeur. (Cette dernière interprétation ne modifierait d'ailleurs pas fondamentalement le résultat de notre test : quoi qu'il en soit, il s'écoule nécessairement un certain temps entre l'acte juridique et l'acte de disposition et de même entre l'acte de disposition et le transfert de la propriété par inscription du nouveau propriétaire au Grand Livre).

Si l'on n'exige la bonne foi du tiers acquéreur du droit immobilier que jusqu'à la conclusion du contrat (ou jusqu'à l'acte de disposition), il est donc évident qu'il s'écoule une période pendant laquelle le propriétaire des accessoires de l'immeuble est toujours titulaire de son droit, et peut même revendiquer sa chose, mais ne peut rien faire pour empêcher l'inscription du transfert de la propriété immobilière à l'acheteur de l'immeuble C, laquelle le privera de son droit. On doit continuer ici à parler de *situation intermédiaire*, pour tenir compte du fait que le propriétaire mobilier B garde la possibilité de revendiquer la chose tant que son droit existe, mais cette revendication est à *terme sans objet* et la situation est cette fois pleinement assimilable à un cas d'inopposabilité aux tiers au sens propre du droit de propriété. Notre règle est ainsi falsifiée.

c — *Considérations supplémentaires* :

c — 1 : énoncé d'un résultat général :

Dans la perspective de nos réflexions futures sur les cas de falsification de notre règle, il semble utile d'ajouter ici une remarque de caractère tout à fait général. Nous venons d'établir pour la première fois un cas où la *situation dite intermédiaire* du droit du propriétaire mobilier est assimilable à un cas d'inopposabilité de la propriété au sens propre.

Dans le test précédent (test no 8, 2, c, c— 3, deuxième tiret), nous avons rencontré un cas où la situation intermédiaire était très proche de l'inopposabilité aux tiers, mais nous avons exclu cependant sa pertinence parce que le propriétaire dans le cas envisagé conservait jusqu'à la mort de son droit une possibilité de revendiquer sa chose d'une façon efficace, même à terme. Dans nos premiers tests, consacrés au transfert *a non domino*, nous avons rencontré des situations qualifiables d'intermédiaires (propriété sans possession en général) que nous avons considérées, contrairement à Jhering et à son école, comme très éloignées de véritables cas d'inopposabilité aux tiers mais comme ayant cependant des éléments d'analogie suffisants pour permettre une comparaison. Nous avons ainsi maintenant reconstruit les différents degrés possibles de parenté entre ces situations qui vont de la ressemblance lointaine à l'identité, et nous avons par là même établi une théorie de cette matière suffisante à notre présent objectif.

c — 2 : exclusion d'une réserve :

Le présent exemple d'un cas où il y a identité entre la situation dite intermédiaire et l'inopposabilité aux tiers du droit de propriété est certes fondé sur une jurisprudence que nous avons nous-mêmes qualifiée de très contestable.

251) ATF 55 II 302. Liver, Grundbuchrecht (chronique) RJB, 1960, 448, n. 9.

Cela ne nuit pourtant pas à la pertinence du cas qu'il constitue de falsification de notre règle. En effet, notre réflexion se situe au niveau épistémologique de la règle de droit, c'est dire que les détails voulus par le législateur, ou les interprètes judiciaires de la loi, ne concernent pas notre démarche. Le législateur suisse (ou allemand ou français) aurait fort bien pu prévoir la solution consacrée par la jurisprudence; ce qui nous semble faux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est sa non conformité à la loi, mais cela ne nous empêche nullement de relever sur un plan logique général l'existence d'un cas de falsification de notre règle.

Les circonstances qui ont amené ce cas reprendront par contre toute leur importance lorsque nous *interpréterons* le degré de falsifiabilité de la règle éprouvée dans la dernière partie de notre étude.

(Nous avons, pour les mêmes motifs, retenu une jurisprudence contestée de la Cour de Cassation comme pertinente à falsifier notre règle : test no 2, d, d – 3.)

2. L'opposabilité aux tiers du droit de propriété réservée du superficiaire sur les accessoires de l'immeuble bâti à l'expiration du droit de superficie comme droit distinct et permanent :

Test no 10

a – *hypothèse envisagée* :

a – 1 : énoncé :

L'hypothèse envisagée ici s'inscrit dans le même cadre que celle du précédent test mais fait entrer de plus les règles du droit de superficie (art. 779 à 779 I CCS introduites par la loi fédérale du 19 mars 1965: ROLF 1965, 449 – 454).

Concrètement, le problème juridique posé s'énonce ainsi : A est propriétaire d'un terrain sur lequel est établi une construction dont le propriétaire est B en vertu d'un droit de superficie. Contractuellement, il a été convenu qu'à l'échéance du droit de superficie, la propriété des accessoires de la construction ne passerait pas à A en dérogation aux principes des art. 779 c, et 644 al. 1 par analogie, CCS. (Nous évoquerons aussi en marge, et parallèlement, le contrat prévoyant la possibilité pour B de reprendre des parties intégrantes de la construction. Si A a vendu son terrain à C avant l'échéance du droit de superficie, le droit de propriété de B sur les accessoires de la construction est-il opposable à C ?

a – 2 : réflexions préalables à propos des contrats des art. 779 a et 779 b CCS :

L'idée majeure du projet de 1963 visant à modifier le droit de superficie était de donner un effet opposable *erga omnes* à toutes les clauses spéciales du contrat de superficie 252). Cet avant-projet exprimait cependant particulière-

252) Mess. du 9 avril 1963 FF 1963 I 1004 n. 3.

ment mal cette idée 253) et ce sont les Chambres fédérales qui ont introduit la norme précise de l'actuel article 779 b :

“Les dispositions contractuelles sur les effets et l'étendue du droit de superficie, notamment sur la situation, la structure, le volume et la destination des constructions, ainsi que sur l'utilisation des surfaces non bâties mises à contribution par l'exercice du droit, sont obligatoires pour tout acquéreur du droit de superficie et de l'immeuble grevé.”

Le contrat peut, bien sûr, contenir également les clauses que nous avons imaginées ci-dessus relatives à la propriété des accessoires ou au droit du superficiaire de s'approprier, après séparation, certaines parties intégrantes de l'immeuble bâti. Ces clauses sont donc, comme le dit expressément la loi, opposables à tout acheteur du terrain : mais à quelles conditions ? En vertu des principes qui fondent le droit immobilier suisse, le droit réel de superficie distinct et permanent ne prend naissance, quant à son principe, comme droit réel que par son inscription au Registre foncier (art. 971 et 943 al. 1 ch. 2 CCS).

Les clauses spéciales prévues contractuellement en application de l'art. 779 b CCS constituent en principe, écrit M. Ruedin dans sa thèse, des précisions 254) apportées aux règles prévues par la loi quant au contenu des droits respectifs des parties. Elles sont, en réalité, des *modifications de l'ordre légal qui établit des règles dispositives auxquelles justement déroge le contrat*. M. Ruedin, avec quelque contradiction, l'admet d'ailleurs implicitement lorsqu'il écrit :

“Un contrat entre les parties ne suffit pas à donner au contenu spécifié un effet réel (il s'agit surtout de limiter les prérogatives du superficiaire et de conserver celles du propriétaire foncier). Il faut encore que ce contenu apparaisse au registre foncier. *Si ce n'est pas le cas, les tiers sont supposés considérer le droit de superficie comme général, au sens de l'art. 779 al. 1 CCS*” 255)

C'est là un point tout à fait clair pour d'autres auteurs tels MM. Eggen 256) et Friedrich 257).

Ces clauses spéciales du contrat doivent être inscrites au Registre foncier pour être opposables aux tiers acquéreurs de la propriété du sol ou du droit de superficie. En pratique, les règles contractuelles spéciales se trouveront conservées dans les pièces justificatives, mais il devra y avoir un *renvoi* à ces pièces inscrit au Grand Livre 258), le tiers pouvant se fier au seul Grand Livre 259).

Le contrat particulier qui nous intéresse ici déroge à l'art. 779 c (et 644 al. 1 par analogie) CCS ; il constitue une modification d'une règle légale en faveur du superficiaire, c'est donc pour que le droit de ce dernier soit opposable à tout acheteur du sol que son inscription au Registre foncier est nécessaire.

253) Cf. art. 779 a du projet FF 1963 I 1030. Bolla, La loi fédérale du 19 mars 1965 sur le droit de superficie et le transfert des immeubles, p. 263.

254) Ruedin, Le droit réel de superficie, p. 114 litt. b.

255) Ruedin, op. cit. p. 118 paragraphe 4.

256) Eggen, Le développement de l'institution du droit de superficie en Suisse, p. 203 n. 2.

257) Friedrich, Das Bundesgesetz vom 19. März 1965 über Baurecht und den Grundstückverkehr, p. 274.

258) Ruedin, op. cit. p. 118.

259) ATF 52 II 38.

b — *solution proposée* :

b — 1 : en cas d'inscription :

Si l'inscription de la clause contractuelle que nous envisageons ici a été valablement faite, la solution est extrêmement simple : au moment de l'échéance du droit de superficie, les constructions font retour au propriétaire du fond en application de l'art. 779 c, mais les accessoires de cette construction restent propriété du superficiaire en application de la clause contractuelle dérogeant pour ce qui est des accessoires à l'effet joint des art. 779 c et 644 al. 1 CCS par analogie. La propriété du superficiaire sur ces accessoires est parfaitement opposable à celui qui a acquis la propriété du sol postérieurement à l'établissement et antérieurement à l'échéance du droit de superficie.

Si le contrat porte non pas sur les accessoires de la construction mais sur certaines de ses parties intégrantes, il est évident que, dans les mêmes conditions et à supposer que ces parties intégrantes n'aient pas été détachées avant l'échéance du droit de superficie pour devenir d'autres choses, l'accession se produit malgré le contrat, une partie intégrante ne pouvant faire l'objet d'un droit de propriété séparé. Le propriétaire du sol cependant n'acquiert la propriété de la construction qu'accompagnée d'une *dette réelle* en exécution des prestations convenues (c'est toute la question de l'opposabilité aux tiers du *ius ad rem* que nous étudierons plus loin).

b — 2 : en l'absence d'inscription :

La clause qui nous intéresse concernant les accessoires de la construction établie sur le sol propriété d'une autre personne, en vertu d'un droit de superficie distinct est permanent, est une clause contractuelle ordinaire : nul doute de ce fait qu'elle a une existence propre indépendante de son inscription au Registre foncier (peu importe, à cet égard, les exigences de forme du contrat). Elle est donc parfaitement efficiente entre les parties; elle ne l'est plus, faute de publicité, lorsque le propriétaire du terrain a changé. Nous touchons là à une situation extrêmement intéressante dans notre perspective, celle du droit du superficiaire propriétaire également des accessoires de la construction pendant la période qui va de la vente du sol par son premier propriétaire à l'échéance du droit de superficie.

Exprimons-nous à cet égard d'une façon tout à fait concrète :

A, propriétaire du sol, a cédé en 1965 un droit de superficie pour 20 ans à B, lequel a établi sur ce sol une construction. Une clause du contrat de superficie, qui n'a jamais fait l'objet de publicité au Registre foncier, prévoyait que la propriété des accessoires de la construction resterait à B à l'échéance du droit de superficie. A a vendu le sol à C en 1975. Quel est aujourd'hui la situation du droit de propriété de B ?

Il est évident, tout d'abord, que C n'a pas acquis en 1975 la propriété des accessoires de la construction, faute d'avoir acquis la propriété de la construction elle-même. En conséquence, B est toujours propriétaire de ces accessoires, mais il ne peut plus rien faire désormais pour empêcher qu'ils reviennent à C en 1985 : il ne peut opposer son droit à C avec tout ce qu'il contient. Nous sommes en présence d'un cas d'opposabilité aux tiers au sens propre selon nos classifications initiales, ayant le même contenu que celle rencontrée dans le test précédent.

On peut cependant dire à cet égard que le droit de propriété mobilière sur les accessoires suit le même sort que le droit de propriété sur la construction elle-même. La différence réside en cela qu'il était de la *nature* du droit de propriété sur la construction, nature voulue par son acquéreur, de n'être que temporaire, d'où le fait qu'on ne peut pas parler ici d'inopposabilité *aux tiers*, puisque le droit devait être transmis à une date déterminée à quiconque serait propriétaire du terrain, et même, si cela se présentait, *au premier propriétaire lui-même partie à la convention*. Il n'en va pas de même du droit de propriété réservée sur les accessoires, et nous devons considérer notre règle comme falsifiée, avec les mêmes réserves que nous avons exprimées dans le précédent test portant sur l'opposabilité aux tiers du droit de propriété sur les accessoires lors du transfert de la propriété de la chose principale immobilière en général.

V – L'opposabilité aux tiers du droit de propriété mobilière dans l'exécution forcée notamment contre les biens d'une autre personne :

A – Position du problème :

1. Enoncé :

Le problème que nous allons étudier ici peut s'énoncer d'une façon générale unique et très simple pour plusieurs des tests qui vont suivre : une personne n'a plus la possession immédiate de la chose dont elle est propriétaire, soit parce qu'elle l'a confiée à une autre, soit parce qu'elle en a été désaisie sans sa volonté. Cette chose se trouve en la possession d'une personne qui fait l'objet d'une exécution forcée et la chose est considérée (à tort) par l'autorité chargée de cette exécution comme la propriété du saisi ou du failli (il n'y a pas lieu pour l'instant de distinguer ses deux hypothèses ou encore celles d'institution voisines propres à chaque système juridique). Le propriétaire peut-il revendiquer sa chose, c'est-à-dire opposer son droit de propriété au saisissant ?

2. Qualification pragmatique de cette opposabilité :

Le droit du propriétaire de revendiquer sa chose dans la faillite ou la saisie d'un tiers (lorsque ce droit est établi) est-il un droit de *préférence* ou un droit de *suite* ? La tentation est grande de parler de droit de préférence en le considérant par rapport aux prétentions des créanciers (on peut même dire des autres créanciers si le propriétaire a prêté sa chose et se trouve lui-même, de ce fait, titulaire d'une *créance* en restitution). Telle n'est pourtant pas la solution, car la prétention du propriétaire contre le saisissant ne se fonde pas sur un contrat ou tout lien juridique pouvant exister entre lui et le saisi ou failli : il se base sur le fait que *la chose elle-même* ne fait pas partie du patrimoine du saisi mais du sien. C'est là une chose évidente dont les fondements théoriques sont particulièrement bien mis en évidence par la théorie allemande de l'affectation (*Zuordnung*)

caractérisant le droit réel 260) : nous connaissons cette théorie depuis le début de notre étude. C'est la raison pour laquelle nous devons parler ici de droit de suite.

Nous aurons pourtant l'occasion de voir que ce droit de suite se transforme quelquefois en droit de préférence. C'est le cas de la solution offerte en droit suisse par l'art. 107 al. 4 *in fine* LP. Mais cette disposition ne vise qu'un cas spécial par lequel on corrige une erreur. Si l'objet saisi a été réalisé avant que son propriétaire n'ait été mis en mesure de le revendiquer, sa créance en dédommagement de sa perte sera privilégiée sur le montant de sa réalisation. Dans ce cas, le droit réel, c'est-à-dire le droit sur la chose elle-même, a disparu et a donné naissance à une créance : la question ne concerne plus en soi notre présent objet.

B – Notions générales sur les sources légales de notre réflexion : historique parallèle et sommaire des trois législations

1. Fondements de l'exécution forcée :

Quant à ses sources, le droit de l'exécution forcée, dans lequel les tests suivants vont nous faire entrer, se présente sous un aspect fort différent dans chacun des trois pays dont le système juridique nous sert de référence. Ces différences tiennent à des causes historiques beaucoup plus qu'à des choix de droit matériel, et il est évident que leur étude ne nous intéresse pas en soi directement.

Pour des raisons pratiques liées particulièrement à la nécessité de précision dans nos références, nous nous proposons cependant de rappeler brièvement ici quelles sont ces sources formelles du droit de l'exécution forcée dans les systèmes envisagés en les présentant dans le contexte historique de leur apparition.

A priori, et pour nous situer au niveau profond de la règle de droit, on doit constater que la saisie se présente comme un des modes de l'exécution forcée, c'est-à-dire par la force publique, des jugements civils ; le législateur sera donc tout naturellement porté à en traiter dans la dernière partie du code de procédure civile : il s'agit d'établir les règles permettant de rendre matériellement efficace les décisions des tribunaux civils à l'égard des plaideurs condamnés et récalcitrants.

La faillite qui appartient quant à elle au droit commercial, est le constat d'échec d'une entreprise, et la procédure qui doit s'en suivre consiste à répartir les biens restants de cette entreprise entre les créanciers qui ont subi un dommage dans son échec : elle n'est pas initialement l'aboutissement d'un contentieux. Elle a donc sa place soit dans un code de commerce à un chapitre spécial, soit dans une loi spéciale.

2. Droit allemand et droit français :

C'est à cette logique qu'en sont restés, sous réserve de certains aménagements, les législateurs allemand et français. En droit allemand, la saisie est traitée

260) Lent – Schwab, Sachenrecht p. 2 III *in fine*.

au huitième livre du Code de procédure civile consacré à l'exécution forcée 261) (paragraphes 704 à 945).

La procédure de faillite fait l'objet d'une loi spéciale : l'ordonnance sur la faillite 262). On remarquera que ces deux lois de 1877 ont précédé dans l'histoire du droit allemand la codification, c'est-à-dire aussi l'unification pour l'ensemble de l'Empire, du droit de fond par le BGB entré en vigueur en 1900.

En droit français, c'est également le code de procédure civile qui traite de la saisie au livre cinquième de sa première partie 263). (Le code de procédure civile a été refondu dans son ensemble pour le Décret no 75 1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile.)

Le droit de la faillite faisait l'objet du livre troisième du code de commerce 264). Ces dispositions furent abrogées en 1955 et remplacées par une loi spéciale. Plusieurs lois se sont succédées depuis lors sur la matière qui est aujourd'hui réglementée par la loi no 67 - 563 du 13 juillet 1967 et son décret d'application D. no 67 - 1120 du 22 décembre 1967.

3. Droit suisse :

Le droit suisse de l'exécution forcée a eu, quant à lui, une destinée tout à fait originale sans subir de réelles influences extérieures 265). Il connaît un système permettant l'exécution forcée sans jugement préalable nécessaire : les auteurs y voient souvent une tradition suisse très ancienne, du moins propre à certains cantons 266).

Dans la Suisse des années 1850 et 1860, il n'était encore nullement question d'unification du droit privé. C'est en 1868 que la Société suisse des juristes vota une résolution à l'adresse du Conseil fédéral tendant à l'unification du droit de faillite et du droit de procédure ; le gouvernement fédéral chargea alors le Professeur Andréas Heusler de Bâle d'établir un projet. La nouvelle Constitution de 1874 donnant pouvoir à l'Etat central de légiférer en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 64 al. 1) le projet Heusler fut repris dans une perspective originale où saisie et faillite étaient jointes indépendamment de la procédure : cela devait aboutir à la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP). Le droit commercial, que la Constitution fédérale de 1874 permettait également d'unifier, fut réglementée par le Code fédéral des Obligations du 14 juin 1881 (CFO). On sait qu'à la suite de la révision constitutionnelle du 13 novembre 1898 la Confédération acquit compétence pour légiférer dans toutes les matières du droit civil et que le Code civil suisse du 10 décembre 1907 entra en vigueur le 1er janvier 1912, alors que la procédure ne fut jamais unifiée.

C'est dire que, seul de son genre, le droit suisse de l'exécution forcée est tout à fait autonome tant par rapport à la procédure qu'au droit commercial,

261) Zivilprozessordnung, (ZPO) du 30 I 1877 (RGI 1877 - 83).

262) Konkursordnung, (KO) du 10 II 1877 (RGI 1877 - 351).

263) Code de procédure civile, décrété le 14 avril 1806 (art. 517 - 811).

264) Code de commerce, décrété le 10 septembre 1807 art. 437 à 583, abrogé par le Décret 55 - 583 du 20 mai 1955.

265) Favre, Droit des poursuites, p. 13.

266) De Wyss, Die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten, p. 82 ss.

phénomène très accentué par l'exécution forcée possible sans procédure judiciaire préalable.

4. Conclusion et objectif :

Ces quelques points fondamentaux établis concernant les sources formelles des trois droits, nous ne traiterons le problème de l'opposabilité aux tiers du droit de propriété dans la saisie et la faillite, ci-dessus posé, que par l'intermédiaire d'un nombre limité de tests n'ayant nul prétention de représenter l'ensemble de la matière. Dans le cadre de l'objectif précis qui est le nôtre, une analyse approfondie de cas nombreux n'apporterait que peu d'éléments nouveaux et nous entraînerait dans de longues digressions inutiles étant donné le caractère très technique du droit de l'exécution forcée. Nous n'hésiterons pas notamment à ne traiter que dans un droit, où il présente un intérêt plus particulier, tel problème que l'on retrouve dans les deux autres avec un intérêt moindre.

C – Tests de droit suisse :

1. L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire d'un meuble porté à l'inventaire des biens d'une autre personne faillie :

Test no 11

a – *résultat formel* :

Un meuble propriété de A est en la possession immédiate de B. Celui-ci tombe en faillite et le meuble est porté à l'inventaire des biens du failli (art. 221 LP), non pas comme bien reconnu de A (art. 225 LP), mais comme appartenant à B en vue d'être réalisé au profit des créanciers du failli.

A peut-il revendiquer sa chose contre la masse et à quelle condition ?

Si l'on devait appliquer le droit commun, celui du transfert *a non domino*, on devrait considérer que la possession immédiate ne jouent ici aucun rôle ; l'ouverture de la faillite rend apparents tous les rapports de droit et par là exclut toute conséquence juridique de la situation de fait.

La loi établit précisément les conditions dans lesquelles le propriétaire peut revendiquer sa chose.

art. 232 LP : ... l'office publie l'ouverture de la faillite. La publication contient :

(...)

2. La sommation (...) à ceux qui ont des revendications à exercer, de produire leurs (...) revendications à l'office dans le mois de la publication et de lui remettre leurs moyens de preuve (...)

art. 242 LP : L'administration décide si les objets revendiqués par des tiers leur seront remis.

Elle assigne à celui dont elle conteste le droit un délai de dix jours pour intenter son action. Le tiers qui laisse écouler le délai est réputé renoncer à sa revendication.

Le formalisme particulier de l'exercice du droit de revendication, qui tient aux contingences pratiques de la liquidation d'une masse en faillite, ainsi qu'à des questions de preuves, qui sont les exigences ordinaires du droit commun, ne touche *a priori* en rien à la question théorique qui nous occupe : nul n'est censé ignorer les publications de faillite, et nous renoncerons ici à nous demander, comme nous l'avons fait quelquefois dans de précédents tests (test no 1, b, b - 2; test no 3 c, c - 3) si l'inopposabilité aux tiers du droit peut être la conséquence d'une absence de moyen de preuve de l'existence du droit.

Dans la situation que nous avons envisagée ici, le droit de propriété est donc en principe toujours opposable aux tiers. Lorsque, pour des raisons techniques du droit de la poursuite, la revendication de la chose n'est plus possible, c'est parce que le droit de propriété lui-même a disparu : il s'agit donc d'une inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé. Notre règle n'est pas falsifiée.

b — définition des tiers en cause :

Dans le présent test, lorsque nous parlons d'opposabilité aux tiers, il apparaît à l'évidence que "les" tiers en cause ne sont que la masse en faillite. Elle ne saurait être la représentation potentielle d'autres personnes (ou d'autres masses en faillite...). Comme dans d'autres cas déjà rencontrés, les tiers de l'expression ne sont en réalité qu'une personne qui n'est la représentation potentielle ni de l'universalité des sujets de droit, ni d'une partie de cette universalité. L'originalité de la situation tient ici à la nature très spéciale de ce tiers et à son caractère nécessairement unique. (Nous avons rencontré des cas où les tiers étaient en nombre déterminé et non représentatif d'une masse plus grande mais pouvaient être plusieurs personnes : cf. test no 8, 9 et 10.)

2. L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire d'un meuble saisi en la possession immédiate d'une autre personne :

Test no 12

a — énoncé de l'hypothèse :

A est propriétaire d'une chose mobilière qui se trouve en la possession (disons même en la simple détention) ²⁶⁷ d'une autre personne B. La chose est saisie entre les mains de B en vue d'être réalisée au profit des créanciers de ce dernier. Le droit de propriété de A est-il opposable aux tiers ? Qui sont ces tiers ? S'il se trouve enfin que, dans certains cas, le droit est inopposable aux tiers, à quelle catégorie appartient cette inopposabilité dans la perspective de nos définitions ?

b — résultat formel :

Il est bien évident qu'ici, comme dans le test précédent, l'opposabilité aux tiers du droit de A se manifeste par l'action de celui-ci en revendication de sa

²⁶⁷ Piguët, Les contestations de droit matériel dans la poursuite pour dettes et la faillite, p. 58-59.

chose. Les art. 106 à 108 LP disposent des conditions nécessaires à l'exercice de ce droit :

art. 106 (...) lorsqu'un tiers revendique un droit de propriété ou de gage, l'office en fait mention au procès-verbal de saisie; il en informe les parties si la notification de la saisie a déjà eu lieu. L'office assigne en même temps au créancier et au débiteur un délai de dix jours pour se prononcer sur la revendication. S'ils gardent le silence, ils sont réputés admettre la revendication.

art. 107 : lorsque le créancier ou le débiteur contestent la revendication, l'office invite le tiers à faire valoir son droit en justice dans les dix jours. Le juge saisi de l'action suspend la poursuite jusqu'à chose jugée, pour autant qu'elle porte sur l'objet en litige. Les délais prévus à l'article 116 ne courent pas pendant la durée de l'action. Le tiers qui n'ouvre pas action dans le délai fixé est réputé renoncer à sa prétention. (...)

art. 108 : la revendication des choses volées ou perdues demeure réglée par les articles 934, 935 et 936 CCS. La vente de gré à gré opérée par l'office des poursuites est assimilée à la vente publique visée à l'article 934 CCS.

La loi définit ainsi les conditions strictes selon lesquelles la revendication peut être exercée (période antérieure à la réalisation qui peut être requise selon l'art. 116, droit d'opposition du saisi et de son créancier selon l'article 106 al. 2, délai pour intenter action selon l'art. 107, etc.

Ces conditions ne sont valables que dans la mesure où le revendiquant avait confié la chose soit au saisi, soit à une personne l'ayant elle-même confiée au saisi, etc.

Ce principe peut se déduire de la lecture *a contrario* de l'art. 108 LP (première phase) qui crée un régime d'exception pour les choses volées ou perdues au sujet desquelles il renvoie au droit commun (art. 934, 935, 936, CCS, longuement étudiés ici).

Il en découle, semble-t-il, en première analyse, que le propriétaire d'une chose volée ou perdue saisie dans le patrimoine d'un tiers peut la revendiquer pendant 5 ans moyennant les restrictions prévues par le droit commun. La réalisation des choses saisies ayant en principe lieu aux enchères publiques, l'art. 934 CCS restreint d'emblée cette possibilité de revendication à très peu de chose. Il peut cependant exister des cas où la réalisation par l'office en vertu de l'art. 130 LP a lieu de gré à gré, donc hors du cas des marchés publics prévu par l'art. 934. La deuxième phase de l'art. 108 LP assimile, on le voit, cette situation à celle des ventes aux enchères publiques. Dès lors, il ne reste aucune possibilité au propriétaire initial d'une chose volée ou perdue de la revendiquer contre le tiers qui l'a acquise de l'Office. La référence de l'art. 108 LP à l'art. 936 CCS implique cependant que ce tiers, qui a acquis la chose de l'office, soit de *bonne foi*.

La loi par une série de renvois exprime ainsi d'une façon fort compliquée une règle fort simple : nul ne peut revendiquer un droit de propriété sur un objet qu'un tiers a acquis de l'Office des poursuites, à moins de prouver que ledit tiers savait ou devait savoir l'objet volé ou perdu.

En pratique, le volé ou celui qui a perdu la chose saisie chez un tiers se trouve dans une situation identique à celui qui a confié sa chose en cela qu'il ne peut opposer son droit de propriété qu'avant la réalisation de la chose et conformément aux règles de détail des art. 116 et suivants LP. Au-delà de cette réalisa-

tion, il sera dans tous les cas nécessaire que l'acquéreur soit de mauvaise foi pour que le droit du propriétaire initial lui reste opposable.

Ce système présente une bizarrerie importante pour nous. Bien que faisant allusion au cas spécial des choses volées ou perdues, la LP ne s'en rallie pas moins ici au principe absolu de la protection du tiers de bonne foi, contrairement à la solution qu'adopte le droit commun. La LP va même dans une certaine mesure au-delà des systèmes, tel celui du code civil italien, qui ne distinguent pas les cas où la chose a été confiée par le propriétaire, des cas où elle a été volée ou perdue.

En effet, la LP favorise en l'espèce le propriétaire qui a confié sa chose par rapport à celui qui se l'est fait voler ou qui l'a perdue : le propriétaire a en pratique un certain délai pour revendiquer sa chose après lequel la réalisation peut être demandée par les créanciers du saisi (art. 116 LP). Le propriétaire normalement diligent qui a confié sa chose a donc le temps d'agir puisqu'il sait à qui il l'a remise ; le propriétaire qui se l'est fait voler, ou qui l'a perdue, n'a pas la possibilité d'user de ce délai puisqu'en principe il ne sait justement pas où se trouve sa chose.

Ce dernier point est important dans la perspective de la qualification de ces cas d'inopposabilité aux tiers par rapport à l'une ou l'autre de nos définitions.

Dans l'hypothèse que nous avons émise, le droit du propriétaire est donc en principe opposable aux tiers (il peut revendiquer sa chose). Il est cependant un certain nombre de cas où son droit est inopposable (où il ne peut revendiquer sa chose).

c — Qualification de cette inopposabilité aux tiers :

c — 1 : en général

Tant que le droit de propriété existe, son titulaire peut revendiquer la chose ; lorsqu'il ne le peut plus, c'est que son droit lui-même a disparu. Nous sommes là encore devant un cas d'inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé.

c — 2 : dans le cas spécial des choses perdues ou volées :

Nous avons remarqué ci-dessus, sous lettre b, la protection très accrue que la loi suisse accorde au tiers dans le cas où il a acquis la chose perdue ou volée dans le cadre de la réalisation suivant une saisie : c'est là une constatation qui pose une fois de plus le problème de la *situation intermédiaire*, en l'espèce sous un aspect encore nouveau. Le tiers qui a perdu sa chose, ou se l'est fait voler, peut la revendiquer en cas de saisie contre les créanciers de son voleur ou l'ayant-cause de celui-ci, mais il est bien évident que, dans la très grande majorité des cas, il ne le pourra pas faute de savoir que sa chose est actuellement l'objet d'une saisie : c'est un cas d'inopposabilité aux tiers au sens propre, fondé sur l'absence de moyens de preuve.

Le caractère original de la situation tient ici en cela que l'absence de moyens de preuve ne se définit pas par l'absence de moyens propres à prouver l'existence du droit ou la mauvaise foi du tiers, mais par l'ignorance de la situation de fait actuelle et de l'identité des tiers potentiels.

Il est possible de dire que, sous un autre aspect, la question des moyens de preuve s'analyse ici justement en termes de *situation intermédiaire* (c'est-à-dire de situation du droit du propriétaire *avant* le transfert formel de la propriété de

la chose), alors que, dans les cas que nous avons précédemment rencontrés (test no 1, b, b – 2), la question s'analysait en termes de *survivance du droit*, c'est-à-dire en se situant *après* le transfert formel de la propriété au tiers.

Nous pouvons considérer notre règle comme falsifiée parce que la situation intermédiaire rencontrée peut être assimilée à un cas d'opposabilité aux tiers d'un droit de propriété c'est-à-dire où le propriétaire n'est pas en mesure de faire valoir son droit existant contre les tiers. Nous savons pourtant dès maintenant que les circonstances particulières qui entourent ce cas de falsification en limitent considérablement la portée.

d – les tiers:

Comme dans le cas de la faillite, ce qui peut faire échec au droit du propriétaire c'est la naissance du droit des créanciers de faire vendre la chose (art. 116 LP: le droit de faire vendre la chose n'est pas vraiment un droit réel mais un droit spécial, assez proche des droits réels de gage et de rétention, et sur la nature duquel aucun juriste suisse ne s'est encore penché plus précisément à notre connaissance).

Seuls les créanciers du failli sont susceptibles d'acquérir ce droit et d'être ainsi des tiers. Ils ne sont les représentants potentiels ni de l'universalité des sujets de droit, ni d'une partie de cette universalité.

3. L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire d'un meuble acquis par constitut possessorio (art. 717 CCS)

Test no 13

a – position du problème et solution légale:

Nous avons déjà eu l'occasion, dans le cours de notre étude, de rencontrer l'institution du constitut possessorio, exception créée par les droits allemand et suisse à la tradition comme mode de transfert du droit de propriété mobilière (test no 4).

Nous avons tenté de résoudre la question de l'opposabilité aux tiers du droit acquis de cette façon *a non domino*. Nous sommes maintenant dans l'hypothèse de l'acquisition normale *a domino*. De prime abord, il semble évident qu'une telle hypothèse est sans grand objet et que le mode d'acquisition du droit de propriété n'a pas en soi d'effets directs sur l'opposabilité aux tiers de ce droit: tel est bien le principe implicitement admis dans les trois droits qui nous intéressent.

L'hypothèse prend cependant tout son sens à cause de l'existence en droit suisse de l'art. 717 al. 1 CCS ainsi rédigé: "Lorsque celui qui aliène une chose la retient à un titre spécial, le transfert de la propriété n'est pas opposable aux tiers, s'il a eu pour but de les léser ou d'éluder les règles concernant le gage mobilier". Le titre marginal de l'art. 717 est "constitut possessorio" et la formule "... qui aliène une chose (et) la retient à un titre spécial" renvoie à l'art. 924 lequel définit le constitut possessorio.

Bien que l'art. 717 se situe dans le Code civil, il apparaît immédiatement à sa lecture que les situations qu'il envisage se rattachent nécessairement à l'exé-

cution forcée: ce n'est en effet que dans une telle procédure que l'aliénation d'une chose est susceptible en soi de léser les intérêts des tiers, c'est-à-dire des créanciers 268), ou de permettre d'éluder les règles concernant le gage mobilier.

(La seconde hypothèse concernant le fait d'éluder les règles sur le gage mobilier est un cas spécial de la première énoncée, où les parties ont réellement voulu transférer la propriété mais dans le seul but de garantir une créance de l'acquéreur 269), nous n'insisterons pas sur ce cas.)

Le législateur suisse envisage donc le cas suivant: A, sur le point d'être l'objet d'une exécution forcée, vend une chose à B mais en garde la possession immédiate parce que, par exemple, A la lui prête, l'opération ayant pour but de porter atteinte aux droits des créanciers de A en leur empêchant la saisie de la chose.

L'art. 717 CCS dispose que, dans ce cas, l'acquéreur A, devient valablement propriétaire (preuve en soit que son droit est parfaitement opposable à tous les autres sujets de droit contre lesquels il peut, notamment, revendiquer sa chose). Le droit est, par contre, inopposable aux créanciers victimes de l'opération. La jurisprudence et la doctrine exigent que l'intention de léser les créanciers du disposant ait existé tant chez celui-ci que chez l'acquéreur bénéficiaire de l'opération 270).

La solution légale est si parfaitement claire qu'elle permet de répondre instantanément aux deux questions fondamentales que nous étudions habituellement d'une façon détaillée pour chaque test.

Tout d'abord, nous devons constater que l'inopposabilité aux tiers dont il s'agit ici est une inopposabilité au sens propre, le droit existant et ne pouvant être efficace. Notre règle est falsifiée. Quant aux tiers, ils sont des personnes préalablement déterminées, c'est-à-dire ayant acquis leur statut antérieurement au transfert du droit et ne sont par conséquent la représentation potentielle ni de l'universalité des sujets de droit ni d'une partie de cette universalité.

b — objection: le fondement paulien:

Nous avons décidé, au début de notre étude, de renoncer à tenir notre règle pour falsifiée lorsque cette falsification serait le fait de l'action paulienne (position théorique, chapitre IV). Nous avons élargi cette exclusion de principe, en nous fondant sur l'idée de sanction des devoirs généraux, aux autres cas où l'inopposabilité aux tiers d'un droit réel aurait pour base ce que nous avons appelé le *fondement paulien*, sachant bien que l'existence de ce fondement serait très souvent extrêmement difficile à établir.

Les commentateurs zurichois voient, pour leur part, dans l'art. 717 CCS un simple cas d'application de l'action paulienne 271). Nous devons reconnaître évidemment l'existence de ce fondement paulien, du moins dans la jurisprudence précitée qui exige la connivence du vendeur et de l'acheteur dans la fraude. Il nous suffit pour l'heure de le constater: toutes les conséquences qu'il conviendra d'en tirer apparaîtront au moment où nous interpréterons le degré de falsifiabilité de notre règle.

268) Habb, Simonius, Scherrer, n. 44 ad art. 717 CCS.

269) ATF 88 II 73.

270) Haab, Simonius, Scherrer, n. 60 ad art. 717 CCS. ATF 88 II (précité) p. 78.

271) Haab, Simonius, Scherrer, n. 52 ad art. 717 CCS.

4. L'opposabilité aux tiers du droit de propriété réservée par un pacte dans les cas d'exécution forcée

Test no 14

a — *considérations générales sur l'institution du pacte de réserve de propriété :*

Il vient tout naturellement à l'esprit de tout vendeur d'un meuble qui n'en touche pas immédiatement le prix de garantir sa créance, notamment à l'égard d'éventuels autres créanciers de son acheteur. Pour ce faire, l'idée la plus normale est celle qui consiste à lui imposer une clause contractuelle selon laquelle la propriété de la chose ne lui sera acquise qu'après qu'il l'aura intégralement payée, même s'il en reçoit tout de suite la possession immédiate (cf. les possibilités de conditions suspensives ou résolutoires établies par l'art. 1584 al. 1 C. civ.; cf. aussi la présomption établie par le paragraphe 455 BGB selon laquelle la condition suspensive de la clause de réserve de propriété est le paiement intégral du prix.)

Dans un système où existerait l'hypothèque mobilière d'une façon générale, il est évident que de telles clauses seraient sans objet : il suffirait pour obtenir le résultat recherché de grever d'une hypothèque la chose vendue *ou n'importe quelle autre chose* de l'acheteur.

b — *le pacte de réserve de propriété du droit suisse :*

Chaque législateur a résolu le problème à sa façon (hypothèque mobilière ou simple pacte de réserve de propriété avec diverses sortes de conditions). Le législateur suisse l'a réglé d'une façon originale, et particulièrement intéressante dans notre perspective, en édictant l'art. 715 CCS ainsi que les ordonnances des 19 – XII – 1910, 23 XII 1932, II – III – 1939, 23 XII 1953 et 29 X 1962.

art. 715 : Le pacte en vertu duquel l'aliénateur se réserve la propriété d'un meuble transféré à l'acquéreur n'est valable que s'il a été inscrit au domicile actuel de ce dernier, dans un registre public tenu par l'office des poursuites.

Trois éléments majeurs peuvent être ici retenus dans le seul texte de la loi comme définissant le pacte de réserve de propriété :

Tout d'abord, il s'agit d'un pacte entre l'aliénateur et l'acquéreur d'une chose portant sur cette chose et non entre n'importe quel créancier et débiteur portant sur n'importe quelle chose : il ne s'agit donc pas d'une hypothèque mobilière. Dans son commentaire, Wieland montre par la genèse du Code civil comment on en est arrivé au pacte de réserve de propriété après avoir exclu l'hypothèque mobilière; nous nous contenterons de reproduire cette note :

“Les deux premiers projets introduisaient l'hypothèque mobilière (cf. Projet I, art. 884 – 889; Projet II, art. 890 – 895), qui permettaient l'engagement de biens meubles sans transfert de possession, au moyen d'une inscription dans un registre (Pfandprotokoll). Au cours des délibérations de la Commission d'experts, la majorité était d'avis que l'hypothèque mobilière répondait mieux aux besoins satisfaits précédemment grâce à la réserve de propriété. On introduisit par conséquent dans le Projet II (art. 702) la disposition suivante :

“L'acquéreur mis en possession d'une chose mobilière en devient propriétaire, même si l'aliénateur s'en était réservé la propriété jusqu'à l'acquittement de contre-prestations.” Le Conseil National, en majeure partie, admit le même point de vue, en apportant toutefois lui-même des restrictions à l'hypothèque

mobilière. Au Conseil des Etats, on déclara au contraire, avec raison, que la réserve de propriété était parfaitement justifiée comme telle et qu'elle était souvent indispensable; qu'en particulier, elle permettait à des personnes réduites à leur gain journalier d'acheter à crédit des marchandises et d'en acquitter peu à peu le prix (cas de vente des machines à coudre à des couturières). Les ventes par acomptes, disait-on, ne disparaîtraient pas avec la réserve de propriété; elle reparaitrait par des voies détournées et à des conditions plus dures encore pour l'acheteur. La circonstance que la réserve de propriété a pour conséquence de faire naître des illusions sur la situation de l'acheteur fut toutefois prise en considération: le contrat ne serait valable que s'il était inscrit à l'office des poursuites. Par contre, l'hypothèque était rejetée." 272)

En deuxième lieu, la propriété réservée s'exerce sur un meuble à l'exclusion d'un immeuble.

Enfin le pacte n'existe que par le fait d'une inscription.

c – réflexion sur l'existence de pactes de réserve de propriété non inscrits :

Nous avons constaté, à la seule lecture de l'art. 715, que l'inscription du pacte de réserve de propriété est un élément nécessaire à son existence même. Dès lors, c'est dire une vérité première que d'affirmer qu'il n'existe pas faute d'inscription. S'il n'existe pas, il n'a bien sûr pas plus d'effet entre les parties elles-mêmes qu'à l'égard des tiers. C'est ce que s'est longtemps contenté de dire le TF (arrêt Wyss du 30 mars 1916 273), arrêt Arpagaus 274) du 20 septembre 1956). A vrai dire, il ne s'était jamais encore posé à lui la question de déterminer si un pacte de réserve de propriété non inscrit pouvait vraiment être considéré comme inexistant. La doctrine, par contre, s'était déjà posé le problème et avait en général admis un effet personnel à une telle convention donc une existence en soi.

"Le pacte de réserve de propriété, même en l'absence d'inscription a, à l'égard de l'acheteur, certains effets de caractère purement obligationnel. Ainsi, l'acquéreur doit avant tout agir de telle sorte, que l'aliéneur en tout temps, sur la base du contrat écrit et signé de lui, puisse obtenir du conservateur du registre l'inscription du pacte stipulé." 275)

Lorsque la question s'est présentée à lui, à titre préjudiciel, dans l'affaire pénale Zahnd contre Ministère public du canton de Genève, le TF s'est rallié à cette doctrine. Comme dans l'affaire Arpagaus citée plus haut, il s'agissait d'abord d'appliquer l'art. 140 ch. 1 al. 1 puis al. 2 du Code pénal suisse qui réprime l'abus de confiance, et de déterminer si l'objet acquis par Zahnd, sous réserve de propriété non inscrite, était "une chose appartenant à autrui", soit au vendeur. La réponse fut négative en vertu du principe de l'absence d'effet du pacte de réserve de propriété, mais qui dit absence d'effet d'un pacte de réserve de propriété dit seulement qu'il n'a pas pour effet de *réserver la propriété*. Ce qui excluait l'application de l'alinéa 1. Le TF se demanda alors, sur la base du texte allemand de l'alinéa 2, s'il pouvait considérer que la chose dont l'acheteur était propriétaire "rentrait encore dans le patrimoine du vendeur au point de vue

272) Wiedland, Les droits réels dans le Code civil suisse, 433-434.

273) ATF 42 III 175.

274) ATF 82 IV 182.

275) Haab, Simonius, Scherrer, n. 73 ad art. 716 CCS.

économique” 276). La réponse fut positive et c’est cela seul qui nous intéresse puisque constituant la reconnaissance d’une certaine efficacité aux pactes de réserve de propriété non inscrits. (A noter en marge que le TF finalement exclut cependant l’application de l’art. 140 ch. 1 alinéa 2 CPS sur la base des textes français et italiens qui limitent son application aux choses fongibles.)

C’est à n’en pas douter avec raison que le TF, à la suite de la doctrine, a adopté cette position. L’art. 715 définit à quelles conditions un vendeur, qui a déjà transféré à son acheteur la possession immédiate d’une chose mobilière, peut s’en réserver le droit réel de propriété. Les conditions énumérées sont d’ordre public, mais l’art. 715 ne définit pas en soi une restriction au principe de la liberté contractuelle et il n’est pas contraire à l’ordre public d’admettre la validité d’un contrat de vente par lequel l’acheteur s’engage à retransférer au vendeur la propriété de la chose dans le cas où il ne paierait pas le prix (ou dans le cas de l’intervention de n’importe quel événement convenu par les parties). Conformément au principe énoncé à l’art. 18 CO, il n’y a pas lieu de s’arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont ont pu se servir les parties, et l’on doit donner autant que possible à ces termes la signification qui rend le contrat valable. Un tel contrat de vente, accompagné d’une clause improprement dite de réserve de propriété, doit donc être tenu pour une vente conditionnelle. Le droit suisse connaissant le principe de la vente à effet obligatoire, l’intervention de la condition résolutoire du contrat de vente n’a pas pour effet de retransférer à elle seule la propriété au vendeur; la tradition de la chose reste nécessaire. Il semble donc préférable de parler d’un contrat de vente dont une clause crée l’obligation pour l’acheteur de retransférer la propriété de la chose sous condition suspensive.

Quant au droit de propriété, il passe à l’acheteur dès la tradition de la chose et repasse au vendeur au moment de l’inscription du pacte (ou au moment du transfert au vendeur de la possession immédiate de la chose). Les termes de pacte de réserve de propriété non inscrit sont donc en soi inexacts; nous les emploierons néanmoins étant donné l’usage et par commodité.

d — *résultat du test* :

d — 1 : pacte inscrit :

Lorsque le pacte de réserve de propriété est inscrit, il est évident que le droit de propriété est, dans tous les cas, opposable aux tiers, en l’espèce à la masse en faillite ou aux créanciers saisissant dans le cadre des procédures de faillite ou de saisie. Nous ne traiterons pas ici d’une façon générale de l’opposabilité du droit réservé du propriétaire au tiers qui acquiert simplement la chose à titre particulier. (Nous consacrerons le prochain test à un cas particulier de cette hypothèse.) En effet, comme cela est unanimement admis par la doctrine 277), et souvent répété par la jurisprudence 278), l’inscription du pacte de réserve de propriété à l’Office des poursuites ne bénéficie pas de la foi publique. Dès lors, nous sommes en présence d’un cas ordinaire de transfert *a non domino*.

276) ATF 90 IV 180.

277) Wieland, Les droits réels dans le Code civil suisse, p. 435. Haab, Simonius, Scherrer, n. 112 et 139 ad art. 716 CCS. Jäger, n. 1 ad art. 136 bis LP.

278) ATF 42 II 582. ATF 56 II 186.

d — 2 : pacte non inscrit :

Les éléments que nous avons progressivement établis donnent déjà la solution au problème ainsi posé et nous n'avons plus qu'à la formuler précisément.

Lorsque le vendeur et l'acheteur ont convenu d'une clause de "réserve de propriété" non inscrite, une telle clause est parfaitement valable. On doit alors considérer que la vente est conclue avec clause de retransfert de la propriété sous condition suspensive. Le droit du vendeur est inopposable aux tiers créancier de son acheteur dans l'exécution forcée de celui-ci, mais ce droit n'est qu'une créance civile, la propriété ayant normalement passé à l'acheteur par la tradition de la chose. L'expérience ne falsifie donc pas notre règle.

5. L'opposabilité aux tiers du droit de propriété réservée avec clause de revente (arrêt Gautschi contre Pfisterer AG 279)

Test no 15

a — *réserve formelle* :

Avec la présente hypothèse, nous nous situons en réalité en dehors des problèmes d'opposabilité aux tiers dans l'exécution forcée, et la question concerne l'opposabilité aux tiers dans les cas de transfert *a non domino*, puisqu'elle se rattache à un cas de transfert à titre particulier et que, comme nous l'avons relevé au cours du précédent test, le registre des pactes de réserve de propriété ne bénéficie pas de la foi publique.

Ainsi nous ne reprendrons pas la question dans son ensemble mais seulement dans une hypothèse très particulière sur laquelle la jurisprudence a eu à s'exprimer 280), celle où une clause du contrat de vente permettait à l'acheteur de revendre la chose avant d'en avoir acquis la propriété.

b — *l'arrêt Pfisterer contre Gautschi* :

Concrètement, la question s'est posée ainsi :

Le vendeur Pfisterer AG avait livré, sous réserve de propriété, un certain nombre d'exemplaires d'un livre à son acheteur le libraire Gautschi, destinés à être revendus au détail au public. (Nous passerons sur les différentes circonstances et problèmes juridiques posés par cette affaire assez compliquée, pour ne nous intéresser qu'à la question importante dans notre perspective.) Après qu'une partie de ces livres avait été revendue à des clients, de bonne foi, de Gautschi (lui-même d'ailleurs de parfaite bonne foi puisque cette revente avait été stipulée entre lui et Pfisterer AG) le pacte de réserve de propriété disparaissait-il sur l'ensemble du stock sur lequel il portait initialement ? La jurisprudence constante, précitée, excluait bien sûr tout effet du pacte sur les livres revendus, mais qu'en était-il du reste du stock ? Devait-on considérer que le pacte tombait d'office, comme le défendait Gautschi, étant donné qu'il avait été conclu pour

279) ATF 88 II 81.

280) Arrêt Gautschi contre Pfisterer AG (ATF 88 II 81 précité).

l'ensemble du stock et qu'il était comme tel, désormais sans objet, ou devait-on, au contraire, admettre qu'un pacte de réserve de propriété conclu sur un ensemble de choses l'est en fait sur chacune des choses qui le compose et qu'ainsi sa disparition sur un certain nombre de ces choses ne l'empêche pas de subsister sur les autres. C'est dans ce dernier sens que le TF a tranché.

"Il est évident qu'en matière de choses consomptibles la réserve de propriété s'éteint immédiatement pour ceux des biens qui ont été consommés par l'acquéreur ou chez lui, puisqu'aucun droit de propriété n'est plus possible sur de telles choses. Il en va de même lorsqu'un tiers de bonne foi, en particulier un client de l'acquéreur, acquiert à son tour à titre de propriétaire; ce tiers obtient alors la propriété sur les choses qu'il achète, ce qui a pour conséquence nécessaire que le premier aliénateur la perd; car, abstraction faite des cas de propriété commune et de copropriété qui n'entrent pas en considération ici, la propriété sur une seule et même chose ne peut, en raison de son caractère de droit absolu, appartenir à deux personnes en même temps. Mais ces événements (consommation, revente) ne concernant qu'une partie de la marchandise et ne portent pas atteinte à la réserve de propriété de l'aliénateur sur le reste de celle-ci. Cette réserve de propriété subsiste et l'aliénateur peut donc la faire valoir en tout temps, dès que sont remplies les conditions mises à l'exercice de cette faculté. Il n'est pas contesté que ces conditions étaient réunies en l'espèce. Toutefois, la réserve de propriété ne pouvait naturellement se maintenir que sur les livres encore invendus, tandis qu'elle était tombée pour les 734 exemplaires déjà écoulés. C'est donc avec raison que la juridiction cantonale a distingué entre la partie encore à disposition et la partie déjà revendue de l'édition." 281)

c – conséquence de cette jurisprudence :

En application des règles régissant le transfert *a non domino*, on doit admettre que le droit de propriété réservé du vendeur est "opposable" aux tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire à ceux qui auraient acquis la chose de l'acheteur en connaissant l'existence du pacte (parce que ces derniers, pouvons-nous dire en nous appuyant sur nos recherches antérieures, n'ont pas acquis la propriété). Qu'en est-il dans l'hypothèse de l'affaire Gautschi contre Pfisterer AG ?

Il est bien difficile d'admettre que ceux des acheteurs de Gautschi qui auraient connu l'existence du pacte auraient dû être considérés comme de mauvaise foi, puisque justement le contrat qui liait Gautschi et Pfisterer AG prévoyait cette revente et que cette pratique est admise par le TF. La mauvaise foi suppose pour le moins une faute. Doit-on alors distinguer deux catégories parmi ces tiers qui auraient eu connaissance de l'existence de ce pacte ? La première serait formée de ceux qui auraient eu en plus connaissance des clauses du contrat liant Gautschi et Pfisterer AG et qui ainsi auraient été vraiment de bonne foi en jugeant que Gautschi n'était en fait que le mandataire de Pfisterer AG, ayant droit de vendre des choses appartenant à celui-ci (c'est une analyse que le TF n'a pas envisagée); la deuxième catégorie serait formée de ceux qui auraient ignoré cette clause et qui, de ce fait, auraient acquis la propriété de choses en croyant ne pas y être autorisé par le droit ? On peut bien entendu répondre que cette distinction subtile est sans objet, puisque la démonstration de l'existence de tiers vraiment de mauvaise foi ne pourrait donner de droit qu'au vendeur (ici Gautschi). Or si ce dernier revendiquait sa chose contre celui

281) Arrêt ATF 88 II précité dans sa traduction au JT 1962 I 605-606.

qui l'aurait acquise "de mauvaise foi" de son acheteur (Pfisterer AG) il serait lui-même de mauvaise foi et on pourrait lui opposer la règle de l'art. 2 CCS "Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi", ainsi que l'adage "*In pari turpitudine, melior est causa possidentis*".

D'autre part, dans un contrat comme celui-ci, et sauf disposition contraire de la convention entre le propriétaire vendeur et l'acheteur revendeur, l'action en revendication du propriétaire se heurterait aux conditions du contrat si elle n'était pas fondée sur l'intervention de la circonstance contractuellement stipulée permettant sa résolution.

Il découle de tout cela que, si l'on admet le bien fondé de la jurisprudence du TF, le propriétaire, dans la période qui précède le transfert de la propriété au tiers, n'a aucune possibilité d'empêcher ce transfert. Nous sommes dans ce que nous avons appelé la *situation intermédiaire* (antérieure à la tradition), et la paralysie *totale* des effets du droit du propriétaire permet d'assimiler cette situation à un cas d'opposition aux tiers au sens propre du droit de propriété (cf. cas analogue test no 9, particulièrement b). Notre règle est falsifiée.

Il est nécessaire d'ajouter à cette constatation que ce droit de propriété opposable aux tiers est un droit de propriété extrêmement affaibli par la volonté de son titulaire (pensons à son analogie historique avec l'hypothèque mobilière : test no 14 a et b). Ceci pourra nous aider à expliquer cela lorsque nous aurons à interpréter le sens de cette falsification.

D – Tests de droit allemand :

L'originalité du droit suisse de l'exécution forcée, qui en fait une branche juridique autonome, nous a amené à lui consacrer un nombre important de tests. Pour ne pas allonger inutilement notre étude, nous ne traiterons en droit allemand et en droit français que des points présentant une originalité particulière et nous laisserons de côté les cas semblables à ceux du droit suisse.

1. L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire mobilier dans la faillite d'une autre personne :

Test no 16

a – énoncé de l'hypothèse :

L'hypothèse est la même que celle du test no 11 de droit suisse. Une chose mobilière propriété de A, en possession du failli B, est portée à l'inventaire des biens de celui-ci. A peut-il opposer son droit aux tiers, en l'espèce à la masse en revendiquant sa chose ?

b – sources légales :

Les paragraphes 43 à 46 KO répondent à cette question en fondant l'*Aussonderungsanspruch* (action en "séparation"). Cette action vise à ce que l'objet en cause soit séparé juridiquement de la masse.

“L'action en séparation est destinée à faire valoir la non appartenance d'un objet à la masse, parce qu'il ne fait pas partie du patrimoine du failli. L'objet de l'action en séparation peut être une chose mobilière ou immobilière, un droit réel ou personnel ou même la possession.” 282)

On reconnaît bien sûr, dans les fondements de cette action, la théorie allemande de l'affectation (Zuordnung), qui considère les droits par rapport à leur rattachement à un patrimoine déterminé.

Nous ne nous intéresserons ici qu'à l'action fondée sur la propriété. Notons cependant qu'elle est ouverte également aux titulaires d'autres droits même personnels parfois: la jurisprudence a apporté une précision limitant la portée de l'action en séparation dans ce dernier cas aux situations où le droit fonde normalement une action en restitution 283).

Le paragraphe 44 KO est consacré, quant à lui, à un problème spécial, celui du moment de l'entrée de l'objet dans le patrimoine du failli, entrée faisant disparaître l'action en séparation, lorsque la chose a été expédiée d'un autre lieu par son vendeur (cf. art. 203 LP). La question est en dehors des préoccupations qui sont ici les nôtres.

Le paragraphe 45 concernait l'action en séparation du conjoint du failli relative à certains biens matrimoniaux; il a été déclaré inconstitutionnel et abrogé par un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe du 24 juillet 1968 284).

Le paragraphe 45 KO enfin traite du cas où la réalisation de l'objet a eu lieu avant que le propriétaire n'ait été à même d'exercer l'action en séparation. La loi lui attribue alors une créance privilégiée sur le montant de cette réalisation. C'est la “séparation de remplacement” (Ersatzaussonderung) (cf. art. 107 al. 4 LP).

c – résultat du test :

L'aspect particulier que prend la règle du droit allemand concernant la revendication de la chose par son propriétaire ne change finalement rien au fond de la solution que nous avons déjà rencontrée en droit suisse. Tant que le droit existe, le propriétaire peut faire “séparer sa chose” des biens de la masse en faillite, c'est-à-dire la revendiquer contre la masse, incarnation des tiers à qui l'opposabilité pourrait être contestable. C'est la disparition du droit lui-même qui le rend “inopposable” aux tiers. Nous sommes en présence d'un cas d'inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé, réserve considérée du cas où le propriétaire est provisoirement dans l'impossibilité de rapporter la preuve de son droit (cf. test no 11, a).

2. L'opposabilité aux tiers du droit du propriétaire mobilier sur un objet saisi en la possession immédiate d'une autre personne

Test no 17

a – énoncé et sources légales :

282) Böhle – Stamschräder, Konkursordnung, no 1 ad paragraphe 43 KO.

283) RG 63 - 308.

284) BVG 24 (1969) 104.

Nous retrouvons ici l'hypothèse du test no 12 du droit suisse. Elle est régie en droit allemand par le paragraphe 771 ZPO ainsi rédigé.

“Si un tiers prétend qu'un droit lui appartient sur un objet saisi empêchant son aliénation, il est tenu de faire valoir sa revendication par voie d'action contre l'exécution devant le tribunal de la circonscription”.

On peut ainsi noter d'emblée que le droit allemand ne connaît pas la procédure simplifiée et amiable de l'art. 106 LP qui permet au propriétaire de faire valoir son droit par simple déclaration suivie du silence des créanciers.

On peut ensuite se demander ce que sont les “droits interdisant de disposer” de la chose. A vrai dire, comme le note M. Hartmann 285), il n'existe aucun droit de cette espèce : les termes sont inexacts; on comprend cependant aisément ce qu'ils recouvrent : il s'agit simplement de tout droit qui permet à son titulaire de s'opposer à l'acte de disposition, c'est-à-dire ayant en principe pour effet d'interdire à toute autre personne de disposer seule de la chose. Nous connaissons assez maintenant le sujet du transfert *a non domino* pour savoir que l'existence de tels droits ne touche en rien à la validité des actes de disposition qui les violent et c'est dans ce sens qu'il convient de comprendre la remarque précitée de la doctrine. M. Hartmann établit d'ailleurs la liste de ces droits : ce sont la propriété, la possession, les droits réels limités, certains droits personnels renforcés liés à la chose tel le droit de bail, etc. 286)

b – résultat du test :

Le résultat du présent test découle là aussi assez naturellement du texte même de la loi. Le propriétaire peut opposer son droit tant qu'il existe et seule sa disparition le rend “inopposable” aux tiers. Notre règle n'est pas falsifiée réserve faite, une fois encore, du cas de l'absence de moyens de preuve (cf. test no 12, b et c).

3. Considérations complémentaires liées aux tests nos 16 et 17

Ces deux tests de droit allemand sont analogues quant à leur énoncé, et finalement aussi quant à leur résultat, à deux tests de droit suisse précédemment présentés. Il nous aurait donc été possible de les exposer simultanément. Nous avons préféré n'en rien faire et les présenter séparément pour une raison qu'il importe de montrer maintenant.

Au niveau d'un résultat brut, ces deux paires de tests sont identiques : il n'y a pas de falsification de notre règle, pas de droit de propriété mobilière inopposable aux tiers au sens propre de l'expression, mais seulement au sens secondaire et dérivé.

Ce résultat amène la question de la situation intermédiaire antérieure au transfert, dont on doit se demander si elle peut être assimilée à une inopposabilité au sens propre du droit de propriété. Nous avons refusé cette assimilation tant pour les tests de droit allemand que pour les tests de droit suisse. L'identité subsiste donc encore à ce niveau, mais les *deux législateurs nationaux* n'ont pour-

285) Baumbach, Hartmann, Zivilprozessordnung, n. 1 ad paragraphe 771 ZPO.

286) Baumbach, Hartmann, n. 5 ad paragraphe 771 ZPO.

tant pas traité d'une façon formellement tout à fait identique cette situation intermédiaire. Il est en pratique plus facile au propriétaire suisse de faire valoir sa revendication par simple déclaration à l'Office des poursuites (art. 232 al. 2 ch. 2) qu'au propriétaire allemand d'introduire l'action en séparation du bien de la masse (paragraphe 43 KO) (Cette remarque générale peut d'ailleurs sans doute être infirmée dans certains cas d'espèce). On peut dire la même chose du droit du propriétaire revendiquant dans la saisie (art. 106 – 108 LP et paragraphe 771 ZPO).

Les particularités du droit allemand ne nous permettent pas de parler, plus qu'en droit suisse, d'opposabilité aux tiers du droit de propriété, la législation allemande organisant, elle aussi, la revendication. Les différences des deux droits sont le fruit de la volonté arbitraire des législateurs (niveau supérieur de la règle de droit) et l'on peut penser à la suite du résultat de nos précédentes recherches, que c'est pour cela qu'elles ne sont pas à même de falsifier notre règle, laquelle se situe au niveau épistémologique. Ce n'est là qu'une hypothèse (induite !) que nous aurons à soumettre à l'expérience dans notre synthèse. Nous avons retenu comme pertinentes à falsifier notre règle certaines situations assez voisines d'autres que nous avons exclues et nous n'avons à cet égard guère eu de difficultés à justifier ces différentes (critère formel de la paralysie *totale* du droit).

Encore conviendra-t-il de leur donner une explication théorique et l'on peut pressentir qu'elle se rattachera à l'idée d'expression de la volonté d'un législateur ou d'impossibilité de cette expression.

4. L'opposabilité aux tiers du droit de propriété acquis en violation d'une interdiction relative de disposer (BGB paragraphe 135; ZPO paragraphe 772; KO paragraphe 7 al. 1)

Test no 18

a – la norme générale du paragraphe 134 BGB concernant les actes juridiques

Comme les deux autres droits qui nous intéressent ici, le droit allemand, par le paragraphe 134 BGB, frappe de nullité, à moins qu'une disposition légale spéciale n'en dispose autrement, tout *acte juridique* qui contrevient à une interdiction légale (cf. art. 1131 et 1133 C. civ., art. 20 CO et 27 CCS).

Le BGB lui-même contient peu d'interdictions légales et l'on en rencontre surtout dans le code pénal 287), dans des lois spéciales et même le droit constitutionnel 288) dans ses dispositions protégeant les libertés individuelles.

L'acte juridique violant une disposition légale est rarement générateur d'une obligation de transférer la propriété (on connaît les exemples classiques du contrat de tueur à gage, ou du contrat par lequel on s'interdit de se marier 289)). La convention visant à créer une obligation de transfert de propriété n'est pas illicite en soi même si la chose en cause doit servir à un but illicite. Il faut pour que la convention soit elle-même illicite qu'elle porte sur une chose dont le *transfert de propriété* est interdit par la loi.

287) Enneccerus, Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB, paragraphe 190, p. 1152.

288) Enneccerus, Nipperdey, op. cit. paragraphe 190, p. 1153.

289) Soergel – Hefermehl, n. 7 ad paragraphe 134 BGB.

Quoi qu'il en soit, si l'acte juridique est nul l'acte de disposition qui intervient en exécution de l'obligation est dépourvu de cause et partant lui-même sans effet : il n'y a aucun transfert de droit réel. Nous sommes donc en dehors des problèmes d'opposabilité aux tiers du droit et nous n'avons traité de cette question que pour poser le cadre au présent test dans la systématique du BGB.

b – l'inopposabilité des actes de disposition :

b – 1 : norme et résultat :

Après avoir traité au paragraphe 134 de la nullité des actes juridiques, le BGB traite de l'inopposabilité de certains actes de *disposition* aux paragraphes 135 et 136 :

Paragraphe 135 : Lorsqu'un acte de disposition relatif à un objet contrevient à une interdiction légale de disposer dont le seul but est de protéger certaines personnes déterminées, il n'est inopposable qu'à ces personnes. Est assimilé à une disposition par acte juridique, tout acte de disposition effectué par voie d'exécution forcée ou de saisie-arrêt.

Les dispositions intervenant au profit de personnes qui tiennent leurs droits d'une personne qui n'en avait pas sont applicables par analogie.

Paragraphe 136 : Est assimilé à une interdiction légale d'aliéner de la nature visée par le paragraphe 135, toute interdiction d'aliéner prononcée par un tribunal ou par toute autre autorité dans les limites de sa compétence.

D'emblée, et avant même de concrétiser les situations visées par la loi, on s'aperçoit qu'elle crée sans ambiguïté des cas où une personne acquiert la propriété d'une chose à la suite d'un acte de disposition en principe interdit par la loi, mais considérée comme parfaitement valable par l'ordre juridique et propre à faire acquérir à son bénéficiaire le droit réel. L'interdiction de principe servant à protéger certaines personnes déterminées, la loi déclare expressément l'acte de disposition, et partant la propriété qu'il a conférée, inopposable à ces personnes, tiers par rapport au propriétaire.

Notre règle est clairement falsifiée au sens propre de l'expression d'inopposabilité aux tiers, les tiers étant un nombre prédéterminé de personnes ne représentant potentiellement ni l'universalité des sujets de droit ni une partie de cette universalité.

b – 2 : concrétisation des cas visés par la loi :

La norme des paragraphes 135 et 136, qui appartient à la partie générale du BGB, est bien sûr tout à fait abstraite et n'indique pas à quelles situations elle se réfère : quelles sont donc ces interdictions de disposer légale ou d'autorité ?

Quant aux interdictions légales, il n'en existe aucune dans le BGB et très peu ailleurs 290).

On cite souvent parmi ces interdictions légales 291) celle contenue dans le paragraphe 98 VVG (Gesetz über den Versicherungsvertrag), c'est-à-dire de la loi sur le contrat d'assurance du 30 mai 1908, en s'appuyant sur un ancien arrêt du Tribunal d'Empire 292). L'acte envisagé en l'espèce n'est d'ailleurs pas le trans-

290) Soergel – Hefermell, n. 4 ad paragraphe 135 BGB.

291) Flume, Allgemeiner Teil des BGB, paragraphe 17, 6, C, p. 355.

292) RGZ 95, 208.

fert d'un droit réel mais une cession de créance : le paragraphe 98 VVG qui se rapporte au contrat d'assurance incendie, envisage l'hypothèse où le propriétaire passe un contrat de vente de son immeuble avant un sinistre, qui a lieu lui-même avant le transfert de la propriété par transcription de l'acte, ainsi que celle où le contrat de vente est passé après le sinistre et avant son règlement par l'assurance. La loi interdit dans ces cas au preneur de céder sa créance contre l'assureur à une personne autre que l'acquéreur de l'immeuble où l'entrepreneur chargé de réparer les constructions incendiées. La cession est donc inopposable à ces deux personnes mais parfaitement opposable aux autres créanciers du preneur dont la créance est sans rapport avec le sinistre.

Avec ce problème de cession de créance nous sommes bien sûr hors de nos préoccupations directes.

En pratique le cas le plus fréquent susceptible de nous intéresser est celui envisagé par le paragraphe 136, notamment lorsqu'à titre provisionnel le juge interdit à une partie de disposer d'une chose afin de sauvegarder les intérêts éventuels de l'autre.

Un arrêt de Coblenze du 24 septembre 1948 (293) a pourtant eu l'occasion de préciser que de telles ordonnances ne peuvent être inscrites au Registre foncier, les réduisant ainsi à peu de chose lorsque l'objet est immobilier puisque la foi publique attachée au Registre foncier l'emporte alors toujours.

b – 3 : application du principe des paragraphes 135 et 136 BGB dans le droit de la saisie et de la faillite :

C'est, en réalité, dans le droit de la saisie et de la faillite (où la possession et le Registre foncier ne jouent pas de rôle) que l'on rencontre l'essentiel des cas d'application du principe des paragraphes 135 et 136 BGB.

Pour ce qui est de la saisie, le paragraphe 772 ZPO renvoie expressément au paragraphe 135 et 136 BGB et empêche l'exécution forcée sur de tels objets (parce que la propriété du saisi n'est pas opposable à certaines personnes et qu'on doit tenir compte des droits de ces personnes).

Pour ce qui est du droit de la faillite, le paragraphe 7 al. 1 KO constitue un cas d'application particulièrement intéressant du principe des paragraphes 135 et 136 BGB. La doctrine, il faut le noter ici, aime généralement d'ailleurs à préciser que le paragraphe 7 al. 1 KO est une norme indépendante plus qu'une norme d'application des paragraphes 135 et 136 BGB (294).

Le paragraphe 7 al. 1 KO déclare inopposable à la masse en faillite les actes juridiques (ainsi que les actes de disposition et la propriété acquise à la suite de ces actes) accomplis après l'ouverture de la procédure, alors qu'ils sont opposables aux autres sujets de droits.

La règle aurait pu se trouver au chapitre de l'action révocatoire ou paulienne (paragraphes 29 à 40 KO) tant on retrouve en elle l'idée que cette action contient. Plus encore que dans l'art. 717 CCS, le fondement paulien apparaît ici à l'évidence.

293) DRZ, 1949 - 234.

294) Soergel – Hefermehl, n. 5 ad paragraphe 136 BGB. Böhle – Stamschräder, Konkursordnung n. 2 ad paragraphe 7 KO. Jäger, Konkursordnung, n. 8 ad paragraphe 7 KO, p. 140.

En anticipant quelque peu, on est en droit de se demander si, dans les cas d'application des paragraphes 135 et 136 extérieur au droit de la faillite, le fondement paulien n'est pas également présent sous une forme moins apparente.

E – Test de droit français: l'opposabilité aux tiers du droit de propriété mobilière dans le règlement judiciaire et la liquidation de biens se rapportant au patrimoine d'une autre personne (art. 59 de la loi no 67 – 563 du 13 juillet 1967)

Test no 19

1. Norme et objectif:

Pour ce qui est du droit français de l'exécution forcée, nous nous contenterons de cet unique test présentant à notre sens un intérêt tout particulier.

A son titre I, consacré tant au règlement judiciaire qu'à la liquidation de biens, la loi du 13 juillet 1967 consacre un chapitre IV au *passif* du débiteur; la section VI y porte le titre de: *droits du vendeur de meubles et revendications*.

Dans cette section, les art. 60 à 66 traitent d'une façon détaillée des conditions permettant au propriétaire d'une chose vendue avec clause de réserve de propriété, déjà en possession de l'acheteur failli, de la revendiquer contre la masse représentée par son syndic. Ces dispositions traitent également des conditions permettant une revendication par le vendeur de choses impayées, expédiées et non encore reçues par l'acheteur failli. Nous laisserons ces questions que nous avons déjà longuement étudiées en droit suisse et en droit allemand.

Nous nous attacherons par contre à une étude détaillée de l'art. 59, qui traite, en une formule extrêmement brève, de tous les autres cas où une chose n'appartenant pas à celui qui est l'objet d'une décision constatant la cessation des paiements est trouvée en possession de celui-ci.

“Art. 59:

La revendication des biens mobiliers ne peut être exercée contre le syndic que dans le délai d'un an à compter de la publication de la décision constatant la cessation des paiements.”

Notons d'emblée un point de terminologie propre à la loi du 13 juillet 1967: la cessation des paiements, définie au premier chapitre de la loi, est l'événement qui déclenche la procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens. Elle a pour origine la déclaration du commerçant ou de la personne morale qui cesse ses paiements. Ces personnes sont tenues à une telle déclaration dans les quinze jours qui suivent la cessation des paiements (art. 1).

Le règlement judiciaire ou la liquidation peut également être ouverts par l'assignation d'un créancier (art. 2) et, enfin, par la déclaration d'un héritier ou l'assignation d'un créancier du commerçant défunt (art. 3).

Le (ou les) syndic est la personne désignée par le jugement suivant la déclaration de cessation de paiement pour administrer la masse (art. 13).

2. L'art. 59 de la loi du 13 juillet 1967: la question du délai:

a – principe:

L'art. 59 de la loi de 1967 qui nous intéresse ici n'a guère fait l'objet d'études et de publications scientifiques, malgré les problèmes théoriques fondamentaux qu'il soulève, si ce n'est un article à la fois très bref et très complet de Mme M.F. Soinne-Barrat et M. A. Delaplace paru dans la revue *Dalloz* de 1974 (295). C'est sur cette étude que nous fonderons l'essentiel de notre réflexion.

Tout d'abord, il convient de rappeler que le droit du propriétaire de revendiquer sa chose dans le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'un tiers a, de tout temps, été admise en droit français comme découlant d'un principe élémentaire du droit (c'est de même le cas en Allemagne et en Suisse, nous l'avons vu). Ce droit doit normalement subsister tant que la chose n'a pas été vendue aux enchères (ou par d'autres moyens admis par la loi). Le droit français de 1967 n'a rien apporté de nouveau sur ce point (296).

La grande innovation apportée par l'art. 59 de la loi est constituée par l'introduction d'un *délai* après l'écoulement duquel l'action en revendication du propriétaire contre la masse n'est en principe plus recevable. Cela signifie qu'il peut exister une période où la chose n'a pas encore été réalisée (les procédures de règlement judiciaire sont souvent très longues) et où le propriétaire ne peut cependant plus la revendiquer. Qu'en est-il à ce moment de l'existence et des qualités du droit du propriétaire ? Le parlement a voté ce texte de loi sans grand débat.

Il est passé quasiment inaperçu. La doctrine ne consacre pas en général à cet article de grands développements." (297)

Nous laisserons ici de côté différentes questions marginales dans notre perspective, étudiées par les auteurs de l'article de la *Revue Dalloz*, telles celles du point de départ du délai légal envisagé, du caractère de prescription ou de péremption de l'action en revendication, de la situation en cas de concordat, etc...

Pour nous, le seul problème qu'il importe de résoudre est celui du sort du droit à l'*échéance du délai* (qui est d'une année). Si la propriété disparaît elle-même à ce moment, nous sommes en présence d'un cas d'inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé et notre règle n'est pas falsifiée, l'action en revendication disparaissant à la suite de la mort du droit. Si la propriété existe toujours et que le propriétaire ne peut revendiquer sa chose, nous sommes, au contraire, en présence d'un droit réel inopposable aux tiers au sens propre de l'expression et notre règle est falsifiée. Nous avons montré à de nombreuses reprises que, pour pouvoir opter pour cette seconde solution, nous devons être à même de percevoir au moins un quelconque effet, ne serait-ce que purement potentiel de l'existence du droit, car l'existence sans nul effet et non perceptible par la raison humaine doit être niée.

Mme Soinne-Barrat et M. Delaplace optent résolument pour la survivance du droit devenu simplement inopposable aux tiers et il donne de leur position une éclatante démonstration.

295) Soinne-Barrat et Delaplace, Le délai prévu par la loi du 13 juillet 1967 pour l'exercice de l'action en revendication en matière de règlement judiciaire et de liquidation de biens (*D.* 1974 I 144).

296) Soinne-Barrat et Delaplace, op. cit. p. 144 paragraphe 1 et 2.

297) idem, p. 144, 3ème paragraphe.

Le droit de propriété du revendiquant n'est pas pour autant perdu. Il est simplement inopposable à la masse.

(...) la clôture pour extinction du passif, entraînant la disparition de la masse et des droits dont elle était titulaire, doit permettre au propriétaire d'exercer à nouveau son action 298)

Nous avons ici l'effet potentiel qui prouve la survie du droit. Si, conformément à l'art. 93 de la loi, la procédure s'achève par un jugement de clôture pour extinction du passif (ce qui est assez rare en pratique), le droit du propriétaire de revendiquer sa chose reprend vie parce que son droit lui-même n'a jamais cessé d'exister. Notre règle est clairement falsifiée.

b — les tiers :

Qui sont ici les tiers à qui le droit de propriété est inopposable ? La masse *et elle seule* est-on tenté de répondre à la suite des auteurs précités. Cela est faux. Dans certains tests précédents tel, par exemple, le test no 12 concernant l'art. 717 CCS, nous nous sommes trouvé en présence de cas où le droit était inefficace à l'égard de la masse en faillite ou des créanciers saisissant, mais où le propriétaire avait néanmoins la possibilité de faire valoir son droit contre tous les autres sujets de droit, notamment en revendiquant sa chose s'il en avait été dépouillé. Tel n'est pas le cas du droit du propriétaire après l'écoulement du délai d'une année prévu par l'art. 59 de la loi française du 13 juillet 1967. Ce dernier ne peut plus revendiquer sa chose contre personne, même contre un voleur : cette compétence appartient à la seule masse. Les tiers sont ici *l'universalité des sujets de droit*. Nous rencontrons ainsi pour la première fois une situation où un droit de propriété est inopposable à l'universalité des sujets de droit.

c — note complémentaire à propos d'une erreur doctrinale :

Nous aimerions ici tirer profit d'une erreur contenue dans l'excellent article qui vient de nous permettre d'alimenter la réflexion sur un des plus importants tests de notre étude. Cette erreur semblera d'ailleurs évidente à la lumière de l'exposé précédent du résultat de notre recherche. Nos deux auteurs écrivent :

"Dès l'expiration du délai d'une année, la masse doit être considérée comme un tiers de bonne foi dans ses rapports avec le revendiquant.

(...) Le tiers n'a d'autre ressource que de se porter sur le terrain des art. 2279 et 2280 du Code civil. La masse est une personne morale distincte du débiteur. L'expiration du délai lui permet d'invoquer ces articles. La revendication ne serait donc admise que dans l'hypothèse de mauvaise foi du syndic représentant la masse. La bonne foi est ici comme ailleurs présumée. Le revendiquant devra donc à tout le moins établir la connaissance par le syndic de ses droits de propriété." 299)

La construction analogique sur l'art. 2279 est ingénieuse. Elle peut de plus être justifiée comme l'art. 2279 C. civ. sur l'idée de protection du tiers de bonne foi.

Il est inexact par contre, et d'ailleurs contradictoire par rapport au reste de l'article que nous avons étudié, d'affirmer qu'à l'expiration du délai d'une année la masse doit être considérée comme un tiers de bonne foi dans ses rapports avec

298) idem, p. 146 1er paragraphe.

299) idem, p. 145, 2ème colonne, 2ème paragraphe.

le revendiquant. Dans le cas du transfert *a non domino* (art. 2279 C. civ.), le propriétaire ne peut plus revendiquer sa chose parce que son droit n'existe plus (l'arrêt Fay contre Zaccarelli ³⁰⁰) permet d'en douter il est vrai, mais les conséquences de cette décision ne vont pas aussi loin que Mme Soinne-Barrat et M. Delaplace nous propose ici).

Cette erreur illustre la confusion générale faite par la doctrine, particulièrement française, entre les deux types d'opposabilité aux tiers que nous nous sommes très systématiquement efforcé de distinguer.

³⁰⁰) D. S. 1973, 2, 1 et J.C.P. 1973 II 17485, étudié dans test no 2, d, d - 3.

SECTION II

L'opposabilité aux tiers du droit de propriété immobilière

I – PROFIL

A – Généralités : historique et publicité foncière

1. Principe et systèmes :

Dans la première section de notre étude, au cours des 19 tests auxquels nous y avons soumis notre règle, nous avons souvent été amené à parler de la possession en relation avec l'opposabilité aux tiers du droit de propriété mobilière, parce que la possession est ce qui porte le droit à la connaissance des tiers.

Pour ce qui est des immeubles, il en a longtemps été de même, bien que la notion de possession immobilière soit fuyante de par sa nature. Le droit contemporain connaît au contraire la prédominance de la publicité foncière, institution formaliste qui tend à remplacer le plus totalement possible les effets juridiques de la possession des immeubles. Nous devons ici en rappeler quelques principes, tout à fait élémentaires, puisque c'est dans ce cadre que vont s'insérer nos prochains tests.

Les trois pays dont le droit sert de base à notre réflexion n'ont pas adopté un système absolument identique et l'on peut en gros définir deux types de systèmes : celui où la publicité a en principe un effet constitutif et exclut tout effet de la possession (Allemagne et Suisse), et celui où la publicité est purement déclarative (France). Aucun des deux systèmes ne va d'ailleurs jusqu'au bout de sa logique, le système constitutif devant admettre parfois *l'existence* de droits immobiliers occultes, c'est-à-dire non inscrits,³⁰¹⁾ et le système déclaratif admettant certains effets constitutifs de l'inscription.

2. Particularité du système français :

Le Code civil français de 1804 ignorait totalement la publicité foncière. C'est par la loi du 23 mars 1855 que fut introduite pour la première fois l'obli-

301) Meikel – Imhof – Riedel, Grundbuchrecht, p. 221-222, E 10.

gation de publier les aliénations immobilières. Un décret loi du 30 octobre 1935 étendit cette obligation aux mutations à cause de mort et une série d'autres normes complèta cette obligation dans certaines situations précises.

Le système, devenu extrêmement complexe, maintenait de nombreux droits occultes, et opposables aux tiers, particulièrement les hypothèques et privilèges légaux ainsi que d'autres droits réels limités : là n'est point pour l'heure notre sujet.

L'aspiration à une publicité immobilière générale,³⁰²⁾ ayant son origine dans les nécessités du crédit hypothécaire³⁰³⁾ qui se développait, amena au décret no 22 — 55 du 4 janvier 1955 et à son décret d'application (D. no 55 — 1350 du 14 octobre 1955) lesquels ont créé un nouveau système tout à fait complet de publicité foncière basé sur l'existence systématique d'un fichier immobilier. Ce fichier qui se réfère à un cadastre rénové et contient un état des droits existants sur chaque immeuble, n'est en bonne théorie qu'un *instrument de recherche* et n'est même pas *constitutif de la publicité* elle-même, qui est le fait des actes déposés auxquels le fichier renvoie, ces actes que la loi suisse appelle les pièces justificatives (art. 948 al. 2 CCS). Ce système, fondements théoriques mis à part, est pourtant très comparable à celui du registre foncier allemand et suisse. Nous n'approfondirons pas ici la question, que nous aurons l'occasion de rencontrer à nouveau à propos des droits réels limités, particulièrement des sûretés.

La réforme de 1955 a amené les auteurs à la publication de nombreux articles³⁰⁴⁾ auxquels nous aurons simplement l'occasion de nous référer.

B — Enoncé général des hypothèses :

L'ensemble de nos tests se rattachera à deux hypothèses de faits que nous pouvons énoncer dès maintenant.

1. Le transfert a non domino (titre valable)

Un *non dominus* est inscrit, par erreur par fraude ou pour quelque autre raison, comme propriétaire d'un immeuble. Un tiers ayant cause à titre particulier du *non dominus* "acquiert" alors la propriété (nous mettons le terme entre guillemets parce que nous avons justement à établir dans nos tests, et pour chaque cas particulier envisagé, s'il y a vraiment acquisition du droit). Le *verus dominus* peut-il opposer son droit au tiers acquéreur ?

302) Savatier, Usage et avenir de la publicité foncière réformée par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955, p. 222 II.

303) Guyenot, La valeur du nouveau système français de publicité des mutations immobilières, no 1.

304) En particulier : Nerson, La réforme de la publicité foncière D. 1955, I, 151. Becqué, La réforme de la publicité foncière JCP 1955 I 1226. Guyenot, La valeur du nouveau système français de mutation immobilière (précité). Savatier, Usage et avenir de la publicité réformée par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955 (précité).

2. Le transfert sans cause (titre non valable)

Ici, la personne inscrite comme propriétaire est également un *non dominus* et, de plus, le titre est nul (règles de capacité civile applicable au disposant, vice de forme de l'acte, etc . . .). Le propriétaire peut-il opposer son droit au tiers acquéreur ?

II – Première hypothèse : le transfert a non domino

A – Droit allemand et suisse (paragraphe 892 BGB et art. 973 CCS)

Test no 20

Le registre foncier jouant un rôle équivalent à celui de la possession des meubles, la solution offerte par le paragraphe 892 BGB et l'art. 973 CCS ne diffère guère de la solution du transfert *a non domino* des meubles. Le tiers est protégé dans la mesure où il s'est fié *de bonne foi* à une inscription du registre foncier.

(Rappelons que la bonne foi porte sur la titularité du droit de propriété : la mauvaise foi du tiers dans la double vente où l'acquéreur n'a acquis qu'une créance est sans effet : il n'y a pas d'inscription inexacte dans ce cas).

En appliquant conjointement les principes du paragraphe 892 et du paragraphe 313 (deuxième phrase) BGB, la jurisprudence allemande considère que, lorsque c'est le vice de forme du titre d'acquisition du disposant qui l'empêchait d'être le vrai propriétaire, ce vice est couvert par le principe du paragraphe 892 305).

Bien que le droit suisse ne connaisse pas de norme équivalente au paragraphe 313 BGB, et que la jurisprudence n'ait jamais eu, à notre connaissance, à se prononcer sur le sujet, nous pensons qu'il convient d'accueillir en droit suisse la même solution par analogie avec la solution du transfert *a non domino* des meubles.

Quoi qu'il en soit, quant au véritable propriétaire, il peut introduire une action en rectification du registre foncier (paragraphe 894 ss BGB, art. 977 CCS) tant que le transfert de la propriété n'a pas été opéré en faveur du tiers de bonne foi. Au-delà de cet événement, c'est son droit lui-même qui n'existe plus. Nous avons donc à faire à une inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé et notre règle n'est pas falsifiée. La période antérieure au transfert pendant laquelle le *non dominus* est inscrit comme propriétaire correspond à ce que nous avons appelé la *situation intermédiaire*.

305) Nüremberg, 24 février 1967 (NJW 67, 1272; BGHZ 47, 266, MDR 67, 574, JZ 67, 44, BB 67, 562).

B — Droit français

1. la vente a non domino (art. 2265 C. civ.)

Test no 21

La norme du droit français qui régit la même hypothèse que celle du test précédent, l'art. 2265 C. civ., fait partie du texte original du code de 1804 et la publicité foncière n'y joue donc aucun rôle. Le législateur n'a pourtant pas choisi d'appliquer la règle selon laquelle la possession vaut titre comme pour les meubles (art. 2279 C. civ.). L'art. 2265 exige de l'acquéreur, outre la bonne foi, une prescription de dix ou vingt ans à partir de son acquisition apparente.

La jurisprudence a précisé que la date de cette acquisition s'entend de celle de l'acte et non de sa transcription, peu importe même que celle-ci n'ait jamais eu lieu³⁰⁶). Cette solution est tout à fait conforme à une interprétation historique de l'art. 2265 mais prend un aspect singulièrement anachronique dans un système de publicité foncière comme celui que la France connaît depuis 1955. C'est d'ailleurs en pleine conscience de cette situation que le législateur français s'est refusé à abroger l'art. 2265 C. civ., à bouleverser la tradition et à instituer des effets aussi absolus que ceux des systèmes de registre foncier³⁰⁷).

La prescription est de 10 ans si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé et de vingt ans s'il est domicilié hors dudit ressort. Le législateur a donc particulièrement pris en compte le droit du véritable propriétaire plus ou moins à même de faire valoir son droit et d'empêcher sa disparition.

Il est très intéressant pour nous de noter que l'art. 2265 du C. Civ. , crée ainsi deux degrés de ce que nous avons appelé la situation intermédiaire. Le premier degré correspond à la situation du droit du propriétaire non inscrit alors que le *non dominus* est inscrit. Le second degré correspond à la situation du droit après l'inscription du tiers comme propriétaire et avant l'échéance de la prescription.

Dans aucun de ces deux degrés la situation intermédiaire n'est pourtant assimilable à une situation d'opposabilité aux tiers au sens propre, et notre règle n'est pas falsifiée.

2. La double vente

a — l'opposabilité aux tiers du droit du premier acquéreur

Test no 22

a — 1 : l'évolution de la jurisprudence et l'arrêt Vallet contre Roncari :

306) D. 1962, 2, 570. Vialard, Prescription de dix à vingt ans JCC art. 2265, 2269, fasc. J. no 61 p. 9.

307) Guyenot, la valeur du nouveau système français de publicité foncière n. 3 à 7.

— la jurisprudence classique :

Le sujet de la double vente immobilière, dans lequel nous nous intéresserons pour notre part à l'opposabilité au tiers du droit de propriété du premier acquéreur, a occasionné de très nombreuses décisions jurisprudentielles, qu'ont suivies de volumineux articles de doctrine.

La question naturellement débattue y est celle de la nécessité ou de l'absence de nécessité de la bonne foi effective du tiers pour lui permettre d'acquérir le droit de propriété de la chose déjà vendue à un premier acquéreur, lorsque celui-ci n'a pas encore publié son titre. Cette question peut aussi s'exprimer d'une autre façon : l'absence de publicité du droit fait-elle irréfragablement présumer la bonne foi du tiers second acquéreur ?

C'est pour une réponse positive que nous avons implicitement opté dans notre test no 8 (particulièrement 2, b, b - 1 et c, c - 3, deuxième tiret). Nous avons invoqué, à l'appui de notre position, un argument de texte, l'existence de l'al. 2 de l'art. 30 du décret du 4 janvier 1955, qui empêche de se prévaloir de l'inopposabilité du droit non publié "les tiers qui étaient eux-mêmes chargés de faire publier les droits concurrents ou leurs ayants cause à titre universel". La mauvaise foi de ces derniers, avons-nous dit, est établie par la loi, celle des autres est, de ce fait, sans pertinence.

Peu importe que le second acquéreur ait ou n'ait pas connu l'existence du premier contrat puisqu'il ne saurait avoir d'effet contre lui tant qu'il n'a pas été publié.

C'est également la solution de la jurisprudence classique, établie sous l'empire de la loi du 23 mars 1855. Il faut à ce sujet citer un arrêt marquant de la Cour de Cassation, rendu le 7 décembre 1925. Il est affirmé dans cette décision que le second acquéreur "ne commet aucune fraude en profitant d'un avantage offert par la loi elle-même à l'acquéreur le plus diligent"³⁰⁸) et que partant son droit doit être préféré à celui du premier acquéreur négligent.

— l'arrêt Vallet contre Roncari :

Paradoxalement, c'est après l'entrée en vigueur des décrets de 1955, destinés à renforcer le rôle de la publicité foncière, que la jurisprudence de la Cour de Cassation a remis en cause ce principe dans l'arrêt Vallet contre Roncari du 22 mars 1968³⁰⁹). La Cour y statue que le seul fait pour le second acheteur d'avoir connu l'existence du premier contrat de vente rend son attitude frauduleuse et l'oblige à répondre du dommage du premier acquéreur au titre de la responsabilité délictuelle (art. 1382 C. civ.). Comme mode de réparation, le juge peut déclarer l'acte inopposable au premier acquéreur (c'est-à-dire le droit de celui-ci opposable au second acquéreur malgré l'absence de publicité).

Il convient d'étudier la solution de la Cour d'une façon plus précise en nous référant aux trois notes de MM. Mazeaud, Bredin et Plancquel la concernant.

Nous savons qu'en droit français le transfert de la propriété est un effet du contrat. Le premier acquéreur est donc propriétaire avant toute publication de son droit. Le vendeur et le second acheteur qui sciemment portent atteinte à

308) D. P. 1926, I, 185, note Savatier.

309) J. C. P. 1968 II 15587, note Plancquel; D. S. 1968, 2, 1412 note Mazeaud; Rev. trim. de droit civil 1968, 564, obs. Bredin.

ce droit ont de ce fait une activité en principe illicite dont ils répondent au titre de la responsabilité délictuelle (art. 1382 C. civ.) à moins que la loi ne leur donne une justification pour agir ainsi. C'est dans le sens de l'existence de cette justification que se prononçait la Cour de Cassation en 1925 en affirmant qu'il est licite de profiter de la négligence du premier acquéreur. (La responsabilité contractuelle du vendeur reste bien sûr engagée, mais là n'est pas notre sujet). La Cour limitait pourtant déjà l'application de cette règle en affirmant :

"... il n'est fait exception à cette règle que s'il est établi que la seconde vente a été le résultat d'un concert frauduleux caractérisé par des manoeuvres dolosives ayant pour but de dépouiller le premier acquéreur" 310).

On se demande bien sûr ce que peut être ce "concert frauduleux caractérisé par des manoeuvres dolosives" puisque, de toute évidence, il ne s'agit pas de la seule commune mauvaise foi du vendeur et du second acheteur et M. Savatier dans sa note écrit :

"Distinguer entre la simple mauvaise foi du second acheteur et un concert frauduleux c'est poursuivre le vide" 311).

En pratique, cela amenait simplement à l'exigence d'une attitude particulièrement odieuse sur le plan moral de la part du second acheteur et aboutissait finalement à ne jamais tenir compte de la mauvaise foi de ce second acquéreur si ce n'est dans des cas extrêmes où l'idée même de justice ne pouvait se concilier avec son absence de responsabilité (Pensons à un cas où il aurait lui-même agit en sorte d'empêcher le premier acheteur de publier son droit en l'entravant dans sa liberté d'action).

"Puisque, disait-on, la loi a décidé l'organisation d'une publicité pour porter un droit à la connaissance des tiers, c'est cette publicité, et elle seule, qui doit être utilisée pour régler les rapports de ces tiers avec le titulaire de ce droit. 312)

Depuis l'arrêt de 1968, la mauvaise foi du tiers engage dans tous les cas sa responsabilité et il doit être condamné à réparer le dommage subi par le premier acheteur. Le juge décide alors selon les principes généraux du droit de la responsabilité civile du mode de cette réparation. Il peut décider de déclarer l'acquisition du second acheteur inopposable au premier (c'est la solution que M. Grossen propose d'adopter en droit suisse en application des art. 41 al. 1 et 43 al. 1 CO 313), mais le droit suisse ignorant les effets réels du contrat, il applique le principe à une créance civile).

Remarquons ici, incidemment, que ce n'est là qu'un principe : c'est le juge qui, en définitive, apprécie souverainement quelle doit être cette réparation adéquate; il pourrait donc n'accorder qu'une simple indemnité s'il estimait celle-ci suffisamment satisfaisante ! 314)

Le juge peut n'accorder qu'une indemnité au premier acheteur si celui-ci . . .

"avait eu en vue moins de devenir propriétaire que de réaliser une opération financière, l'immeuble litigieux ayant considérablement augmenté de valeur depuis que la vente lui en avait été faite" 315).

Cette possibilité offerte au juge d'opter pour un autre mode de réparation, laquelle implique que la décision judiciaire est ici formatrice et vise à modifier

310) D. P. 1926 I 185, précité.

311) idem, p. 186.

312) Plancqueel, note J. C. P. 1968 II, 15587, précité.

313) Grossen, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat p. 133.

314) Plancqueel, op. cit. 2ème page I.

315) Plancqueel, op. cit. 2ème page I.

une situation juridique créée par le droit de la publicité foncière, présente dans notre perspective un intérêt de tout premier ordre. Nous y reviendrons donc dans un paragraphe spécial.

Reste maintenant à étudier brièvement la position de la doctrine à l'égard de l'arrêt Vallet contre Roncari. MM. Pancqueel et Bredin se montrent tout à fait hostiles à cette décision et relèvent qu'elle détruit en bonne partie la publicité foncière française. M. Pancqueel écrit :

"Un système de publicité doit avoir pour but essentiel d'assurer la sécurité des transactions. Ce but ne peut être atteint que s'il interdit toute discussion sur le point de savoir si celui qui fait publier son acquisition avait ou n'avait pas, lorsqu'il a traité, la connaissance que son auteur avait préalablement transmis le même droit, ou un droit concurrent, à un tiers.

(. . .) En somme, il ne doit pas ici être permis au juge de rechercher la bonne ou la mauvaise foi de celui qui se prévaut de l'accomplissement de la formalité. Celle-ci doit faire preuve et créer en quelque sorte une présomption irréfragable de bonne foi en faveur de celui qui s'est rendu acquéreur en considération des publications effectuées (à moins, évidemment, que son titre ne révèle, par lui-même, les limitations auxquelles son droit doit être soumis). (. . .) Il faut même aller plus loin et dire qu'aucune question de bonne ou de mauvaise foi n'est en cause en l'occurrence ³¹⁶).

L'auteur justifie également sa position par des considérations d'ordre pratique :

Combien de promesses synallagmatiques, de "compromis" de vente passés dans les cabinets d'affaires, voire dans les études de notaires qui sont restés lettre morte pour les motifs les plus divers ! Faut-il que de tels actes en arrivent à paralyser toutes transactions ultérieures ?

Voici un exemple, parmi bien d'autres, emprunté à la pratique : en offrant son immeuble le vendeur indique à son possible acheteur qu'ayant confié la vente de son bien à une agence immobilière il y a quelques années, celle-ci avait trouvé un acquéreur : qu'il a toujours en mains l'acte sous seings privés mais qu'aucune suite n'a été donnée à cette affaire : que, depuis lors, ledit acquéreur a quitté sa résidence sans laisser d'adresse. Le vendeur est pressé de vendre et ne se soucie nullement d'engager la procédure qui serait nécessaire, en l'absence de clause résolutoire, pour obtenir un jugement de résolution. L'affaire est intéressante et risque, si elle n'est acceptée rapidement, d'être proposée à d'autres. Peut-on raisonnablement estimer que celui qui achète dans ces conditions a manqué à la bonne foi ? Pourquoi voudrait-on qu'il doive courir certains risques ? ³¹⁷).

M. Bredin conclut lui-aussi par un jugement très sévère sur cette décision :

Que dire du système auquel vient de se rallier la Cour Suprême ? La seule faute du second acquéreur suffirait à rendre inopposable au premier acquéreur la vente publiée en premier lieu. Sans doute la faute n'était-elle pas en l'espèce contestable : il y a faute à être de mauvaise foi, faute à acquérir un bien que l'on sait avoir été déjà vendu. Mais la faute n'enferme pas que cette hypothèse. Faudra-t-il admettre demain que la faute d'imprudence de l'acquéreur qui ne s'est pas entouré de précautions suffisantes, et n'a pas recherché, par diligence normale, l'éventualité d'un précédent acquéreur, comportera la même sanction ? Et que restera-t-il alors de la sécurité qui justifie la publicité foncière ? D'exception en exception, le principe se trouve peu à peu dévoré. Et comme il est d'usage quand les tribunaux assouplissent les règles de droit, pour les adapter, d'espèce en espèce, aux exigences de l'équité, c'est au bout du chemin l'iniquité qui prend sa revanche, par l'usage qu'elle peut faire d'une règle de droit sans rigueur.

316) Pancqueel, op. cit. 2ème page.

317) idem 2ème et 3ème page.

En vérité, l'arrêt de la Cour Suprême du 22 mars 1968 rendu par application de l'article 1382 dévie dangereusement la sanction de la faute. Cette faute, si elle était constatée, appelait une réparation, qu'une créance de dommages-intérêts pouvait satisfaire. Mais que cette réparation impliquât, pour être offerte en nature, une nouvelle et grave entorse au régime de la publicité foncière, voilà qui peut surprendre. L'article 1382 a suffisamment fait de ravages dans notre Droit, pour qu'il ne lui fût pas aussi permis de détruire la publicité foncière 318).

Quant à M. Jean Mazeaud, lui-même conseiller à la Cour de Cassation et qui fut le rapporteur de la décision en cause, il la justifie en équité :

"La publicité ne doit pas être détournée de son but, ne doit pas être une arme entre les mains de personnes déloyales cherchant à dépouiller un acquéreur dont l'omission s'explique souvent, comme en l'espèce, par la difficulté qu'il éprouve à obtenir la signature d'un acte authentique" 319).

Il montre aussi le peu de cohérence des notions de concert frauduleux et de fraude de l'ancienne jurisprudence (cf. l'arrêt de 1925 précité).

"Ainsi, au fil des arrêts, le concert frauduleux devenait une notion inutile, la fraude résultant de la seule mauvaise foi du tiers. Mais était-il même nécessaire de recourir à la notion de fraude ? L'acquéreur de mauvaise foi est coupable de fraude : mais, avant tout, il a commis une faute, susceptible d'engager sa responsabilité, la meilleure réparation consistant comme le souligne l'arrêt rapporté, en l'opposition de la transcription qu'il a opérée" 320).

M. Mazeaud semble néanmoins hésiter car il conclut son article ainsi :

"Le seul danger — mais il a existé dès que l'on a fait produire effet au concert frauduleux ou à la fraude — est la facilité de preuve : la faute, comme la fraude, se prouve par tous moyens. Les tribunaux devront se montrer sévères quant à la preuve de la mauvaise foi, et ne point oublier que la bonne foi est toujours présumée" 321).

Si les juges sont très sévères pour admettre la mauvaise foi (la bonne foi est toujours présumée !), n'en reviennent-ils pas par là même, certes par une voie détournée, à l'ancienne jurisprudence du concert frauduleux ?

a — 2 : l'opposabilité aux tiers du droit du premier acquéreur dans la perspective de la jurisprudence actuelle :

D'emblée, il apparaît que le droit du premier acquéreur est opposable aux tiers tant qu'il existe et cesse naturellement de l'être en même temps qu'il disparaît. Nous avons donc à faire à un cas d'opposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé.

On aurait pourtant tort d'assimiler sans autre ce cas à celui du transfert *a non domino* ou (de la double vente française) des meubles. Dans le transfert *a non domino* des meubles, la mauvaise foi du tiers entraîne le non transfert de la propriété, d'où ce qu'il est convenu d'appeler l'opposabilité du droit du propriétaire, ou du premier acquéreur; la bonne foi, au contraire, entraîne le transfert et l'opposabilité au sens secondaire de ce même droit.

Il en va tout autrement pour les immeubles. Que le tiers soit de bonne ou de mauvaise foi, la propriété lui est transférée lorsqu'il publie son droit (nous

318) Bredin, op. cit. 565.

319) Mazeaud, op. cit. p. 413.

320) Mazeaud, idem.

321) Mazeaud, op. cit. p. 414.

avons remarqué que, d'une façon générale, ce n'est pas le contrat qui confère la propriété lorsque l'acte a lieu *a non domino* : cf. test no 1, a, a 2).

Le premier acquéreur perd la propriété et n'acquiert qu'une créance découlant du délit civil commis par celui qui a acquis valablement la propriété. Cette créance n'est même pas nécessairement un droit au retour de la chose : seul le juge en décidera en tenant compte de certains faits particuliers de la cause, liés à la nature des intérêts touchés du premier acquéreur.

Cette conclusion ne change rien du fond de la solution du présent test qui ne falsifie pas notre règle. Nous sommes cependant amené à devoir consacrer un autre test parallèle à l'opposabilité aux tiers du droit qu'a acquis le tiers de mauvaise foi. Le problème est intimement lié à celui que nous venons de traiter ; nous sommes cependant obligé de l'aborder d'une façon indépendante pour des raisons liées à la structure logique de notre exposé.

b L'opposabilité aux tiers du droit du second acquéreur de mauvaise foi

Test no 23

Une fois déjà, nous avons traité du problème de l'opposabilité du droit d'un tiers acquéreur du propriétaire dépossédé ; c'était au test no 6 à propos du paragraphe 816 BGB consacré à l'obligation du tiers de bonne foi ayant acquis la chose *a non domino* à titre gratuit d'en retransférer la propriété à son titulaire initial.

Nous avons établi que le propriétaire initial était bien un tiers par rapport à l'acquéreur *a non domino*, dans la mesure du moins où l'on admet, comme nous l'avons fait, que ce mode d'acquisition de la propriété doit être qualifié d'originaire (test no 6, 2, a).

Nous avons alors admis que notre règle était falsifiée, du moins dans les cas particuliers où le problème se pose indépendamment de la procédure de faillite. Nous avons reconnu que l'admission de ce cas de falsification se heurtait à tous les schémas juridiques classiques et nous avons tenté de montrer pourquoi nous nous sentions en droit de dépasser la logique de ces schémas. (test no 6, 2, c).

Le problème qui se pose à nous ici est très analogue : la seule différence tient *a priori* en cela que le paragraphe 816 BGB crée une *obligation légale* de retransférer la propriété, alors que nous sommes ici en présence d'une *obligation délictuelle*. Nous devons adopter pour le cas présent la même solution que nous avons choisie pour le test no 6 à peine de nous contredire.

Un autre élément distingue pourtant les deux situations. Dans le cas du droit du propriétaire du droit allemand qui a acquis la propriété *a non domino* à titre gratuit, le droit est inopposable aux tiers (en l'espèce le seul propriétaire initial) d'une façon générale du seul fait de la loi : l'action qui déclare le droit du premier propriétaire n'a pas d'effet constitutif. Notre présent test, consacré à la propriété immobilière du droit français acquise *a non domino* de mauvaise foi aboutit à un résultat différent sur ce dernier point : ici c'est le juge qui peut déclarer la propriété inopposable aux tiers qu'est le premier acquéreur de l'immeuble. Il s'agit, on doit le constater, d'un pouvoir étrange ainsi donné au magistrat. On ne peut parler d'inopposabilité au tiers premier acquéreur de la chose

(cette inopposabilité s'entend au sens propre pour les raisons que nous avons exposées dans le test no 6) qu'après le jugement la déclarant et nous avons vu que le juge n'est pas absolument tenu de la déclarer; il peut, en équité, décider de *constituer* en faveur du premier acquéreur évincé un droit d'une autre nature.

Notre règle n'en est pas moins falsifiée mais, pour que cette falsification soit réalisée, il ne suffit pas qu'une situation de droit définie soit réalisée, il convient encore qu'une situation de fait intervienne dépendant de la volonté d'un homme, le juge.

III – Deuxième hypothèse : le transfert sans cause :

A – Droit suisse

1. l'art. 661 CCS

Test no 24

L'hypothèse est celle que nous avons définie plus haut (I, B, 2). Elle comporte deux éléments de faits particuliers : d'une part le disposant n'est ni le propriétaire ni une personne autorisée à disposer de l'immeuble et, d'autre part, le titre d'acquisition du tiers est nul, pour une raison particulière (vice de forme de l'acte lui-même, vice du consentement, incapacité d'une partie, etc. . .).

C'est par l'art. 661 CCS que le droit suisse règle toutes les questions liées à l'acquisition de la propriété immobilière, *a domino* comme *a non domino*, par la personne inscrite sans cause légitime comme propriétaire d'un immeuble. Cette disposition établit une prescription acquisitive en faveur de l'acquéreur, qui est de 10 ans et qui suppose, outre sa bonne foi et l'existence de l'inscription, la possession sans interruption et paisible pendant l'écoulement de tout ce délai. (On parle dans ce cas de prescription *tabulaire*, parce qu'elle exige l'inscription au registre foncier)³²².

Comme le note M. Meier-Hayoz, l'art. 661 CCS montre que, même dans un système de registre foncier qui pousse très loin le principe de la protection du tiers de bonne foi, l'institution de la prescription ne peut pas être totalement écartée³²³).

Dans la perspective de notre hypothèse, où le transfert a eu lieu *a non domino*, on peut donc dire que le droit du propriétaire est opposable pendant 10 ans au tiers qui est inscrit comme propriétaire sans cause légitime et a, de bonne foi, la possession de l'immeuble. (Etre de bonne foi signifie ici se croire propriétaire, où selon la définition classique de la bonne foi dans les cas de ce type qui en fait l'ignorance son fautive d'un vice juridique, l'ignorance non fautive du fait qu'on ne l'est pas).

L'intérêt du présent test réside pour nous dans l'échec qu'il met en évidence de la publicité foncière, laquelle ne couvre pas le vice de l'acquisition. Quant au

322) Meier – Hayoz, n. 10, ad art. 661 CCS.

323) Meier – Hayoz, n. 1 ad art. 661 CCS.

fond, on remarquera que le droit du propriétaire est opposable au tiers acquéreur tant qu'il existe et cesse de l'être après le délai de dix ans parce que le droit lui-même a cessé d'exister à la suite de la naissance d'un autre droit inconciliable avec sa survie. Nous sommes en présence d'un cas d'inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé impropre à falsifier notre règle.

2. L'hypothèse des contre-lettres :

Test no 25

a – énoncé :

Nous sommes formellement dans un cas spécial de l'hypothèse envisagé dans le précédent test; ce cas se caractérise par le fait que la nullité du contrat cause de l'acte de disposition tient à une simulation à laquelle le propriétaire initial est lui-même partie.

L'art. 216 al. 1 CO soumet la validité du contrat de vente immobilière à la forme authentique; à teneur de l'art. 2 CO, l'accord des parties, et partant la forme obligatoire de cet accord, doit porter sur tous les éléments objectivement ou subjectivement essentiels de la convention. Les éléments objectivement essentiels de la vente immobilière, comme de toute vente, sont constitués par l'accord et sur la chose objet de la vente et sur son prix. L'acte authentique doit donc indiquer le prix exact à peine de nullité de la convention et de l'acte de disposition accompli en exécution de l'obligation du vendeur.

On connaît la pratique fort répandue qui consiste, pour des raisons fiscales, à indiquer dans l'acte authentique un prix inférieur au prix réel, en stipulant par contre-lettre une clause obligeant l'acheteur à un versement supplémentaire. En bonne logique, cette pratique devrait donc entacher de nullité toute vente immobilière avec "dessous de table". L'acheteur n'acquerrait pas alors valablement la propriété, même après l'écoulement des dix ans de la prescription tabulaire de l'art. 661 CCS, faute pour lui d'être de bonne foi. L'ultime conséquence du raisonnement amènerait à donner au vendeur resté propriétaire un droit illimité de "revendiquer" sa chose, c'est-à-dire d'introduire une action en rectification du registre foncier : il n'aurait pour aboutir à ses fins qu'à prouver l'existence de la contre-lettre.

La solution est choquante dans la mesure où elle permet ainsi à une personne de mauvaise foi, auteur elle-même de la simulation et de la fraude, de tirer profit de ces circonstances.

b – la jurisprudence :

Le problème ainsi posé n'a jamais trouvé dans la jurisprudence du Tribunal fédéral une solution parfaitement cohérente. Un point tout d'abord y est resté constant : l'affirmation de la *nullité* du contrat de vente immobilière dont l'acte authentique n'indique pas exactement le prix convenu³²⁴). Cette position est très largement approuvée par la doctrine³²⁵).

324) Notamment : – ATF 84 II 369. ATF 86 II 36. ATF 87 II 30. ATF 90 II 156.

325) Oser – Schönenberg, n. 5 ad art. 216 CO. Becker, n. 4 ad art. 216 CO.

C'est sur les conséquences de cette position, *a priori* évidentes, que le Tribunal fédéral a longtemps hésité et hésite encore. Dans l'arrêt Alleman contre Schwarz du 17 juin 1958, le Tribunal fédéral admet le droit du vendeur resté propriétaire à cause de la nullité du contrat d'invoquer cette nullité *dans la mesure où par la suite c'est l'acheteur qui se dérobe à ses obligations*.

En l'espèce, il peut, à première vue, paraître choquant que Schwarz, qui avait agi judiciairement en exécution des contrats, ait prétendu qu'ils étaient nuls dès qu'il eut perdu son procès. Mais il faut prendre en considération qu'il s'est trouvé en quelque sorte acculé à cette solution par la résistance déloyale que les époux Allemann avaient opposée à ses prétentions 326).

Voilà qui est pour le moins étrange : un contrat de vente est déclaré nul faute de contenir en la forme prescrite l'accord des parties sur tous les éléments essentiels. Le vendeur poursuit l'acheteur en exécution dudit contrat et échoue; il invoque alors la nullité du contrat et son argument est admis à cause de . . . l'inexécution par l'acheteur du contrat nul.

Cette solution devait par la suite être précisée est légèrement infléchie. L'arrêt Roh contre Blanchard du 19 mai 1964 327) marque à cet égard un aboutissement : le Tribunal fédéral y admet d'une façon générale que le vendeur ne peut invoquer de mauvaise foi la nullité du contrat (l'existence de cette mauvaise foi est laissée à l'appréciation du juge). Dans le cas d'espèce, le Tribunal affirme la nullité de la vente et refuse au vendeur le droit d'invoquer cette nullité, c'est-à-dire *son droit de propriété*, à cause de sa mauvaise foi.

c – lecture de la jurisprudence en termes d'opposabilité aux tiers :

Selon la jurisprudence, le propriétaire qui a vendu son immeuble avec contre-lettre en reste propriétaire mais, parce qu'il abuse de son droit en invoquant sa propre turpitude, on lui refuse l'opposabilité de son droit à son acheteur (lui aussi d'ailleurs de mauvaise foi, mais *in pari turpitudine melior est causa possidentis*).

Pour introduire un tiers dans l'affaire, il est possible maintenant d'imaginer que l'acheteur revende l'immeuble à un tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire qui connaît l'existence de la contre-lettre lors du précédent contrat de vente et, par conséquent sait que la chose n'appartient pas à celui qui la lui vend (s'il était de bonne foi il acquerrait la propriété par l'effet de l'art. 973 CCS).

Dans ce cas, il n'acquiert qu'une apparence de propriété, le vrai propriétaire ayant un droit désormais inopposable aux tiers (même de mauvaise foi). Dans la perspective de la jurisprudence, notre règle est falsifiée.

Nous devons pourtant relever que la solution de la jurisprudence se heurte à un principe épistémologique fondamental que nous n'avons cessé de rappeler : lorsque l'existence d'un droit ne se manifeste plus par le moindre effet et qu'il n'est ainsi plus perceptible par la raison humaine, c'est qu'il n'existe plus. Or c'est le cas ici : le droit du premier propriétaire n'a plus aucun effet et il est certain qu'il n'en aura jamais plus.

Nous répugnons toujours à tenir notre règle pour falsifiée lorsque cette falsification se fonde sur une aberration de la jurisprudence (cf. test no 2, d, d – 3,

326) ATF 84 II 375.

327) ATF 90 II 154.

test no 9, c. c 2). Il est pourtant indispensable d'en prendre acte : ce n'est qu'au moment où nous interpréterons d'une façon synthétique le degré de falsifiabilité de notre règle que nous pourrons tenir compte de ce qui entoure les cas relevés de falsification.

d — *note comparative de droit français :*

En droit français, la vente immobilière n'est en principe pas liée, quant à son principe, à la forme authentique (l'exigence de la forme authentique est par contre imposée pour tout acte de publicité foncière d'où l'impossibilité de disposer valablement des immeubles d'une façon opposable à tous sans respecter l'exigence de cette forme).

Cette différence, d'apparence très théorique, a pourtant une importance non négligeable lorsqu'il s'agit d'une vente immobilière avec contre-lettres. L'acte authentique de vente immobilière qui indique un prix inexact n'entraîne pas la nullité du contrat puisque les parties, indépendamment de l'acte authentique, ont valablement conclu un autre contrat ne respectant pas cette forme.

Les contre-lettres, dit l'art. 1321 C. civ., "ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes"; c'est-à-dire qu'elles sont en principe valables. Plusieurs règles spéciales dérogeant à ce principe ont été introduites dans le droit français postérieurement au Code civil, lesquels fondent la nullité de certaines contre-lettres ayant un but de fraude fiscale. Ce sont les *simulations illicites*, par opposition aux autres qui en soit sont licites 328).

Quant à la fausse indication de prix dans les ventes immobilières, c'est l'art. 7 de la loi du 27 février 1912, devenu aujourd'hui l'art. 1840 du Code général des impôts, qui déclare nulles les contre-lettres. La jurisprudence française, suivant en cela un raisonnement parfaitement logique par rapport au principe légal, contrairement à la jurisprudence suisse précitée sur le sujet analogue, considère que, malgré l'adage *nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans*, l'acheteur peut agir en répétition de la somme qu'il a versée et qui n'était pas indiquée dans l'acte authentique 329).

La solution peut être extrêmement choquante dans la mesure notamment où l'acheteur a organisé, en trompant le vendeur, la mise au jour de la fraude, calculant qu'il ferait un bénéfice en répétant la partie cachée du prix, dont il n'aurait qu'à déduire l'amende fiscale (amende et double droit de mutation : art. 1837 du Code général des impôts).

C'est devant cette conséquence découlant de considérations rigoureusement logiques qu'hésite la jurisprudence suisse.

3. L'art. 662 al. 2 CCS : prescription extrabulaire :

Test no 26

Le cas ne pose guère de problèmes. Le propriétaire n'est pas inscrit et personne ne l'est à sa place. (Nous ne nous intéresserons pas au cas de l'immeuble non immatriculé de l'al. 1.) Un tiers occupe l'immeuble.

328) Marty et Raynaud, Droit civil, les obligations no 282 p. 250.

329) D. H. 1927, 2, 262. J. C. P. 1947 II 3573.

A remarquer tout d'abord que le terme de tiers ne fait nullement ici allusion à l'idée de troisième personne : il a le sens le plus large qu'il soit possible de lui donner, à savoir un quelconque sujet de droit. Quant à l'élément négatif nécessaire de la qualité de tiers, celui dont il est ici question est *étranger au droit* du véritable propriétaire (cf. Position théorique, chapitre III, B, 2, a).

Selon l'art. 662 al. 2 CCS, le propriétaire peut faire valoir son droit pendant 30 ans contre le tiers; ce délai écoulé, ce dernier acquiert la propriété et cette acquisition fait disparaître le précédent droit. Il faut néanmoins de plus un ordre du juge d'inscrire le tiers comme propriétaire, qui est donné après constatation de l'absence d'opposition admise dans un délai fixé par sommation officielle. Pour la doctrine majoritaire, cette décision judiciaire n'a qu'un effet déclaratif 330).

Nous avons à faire à un cas d'opposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé sur le sujet duquel il est inutile de nous attarder plus longuement.

B — Droit allemand

1. Les paragraphes 900 et 927 BGB

Test no 27

Contrairement au droit suisse, le droit allemand ne fait pas de différence quant au délai de prescription acquisitive de la propriété selon que cette prescription est tabulaire ou extratabulaire : il est de 30 ans dans les deux cas (cf. paragraphe 900 et 927 BGB). La prescription extratabulaire nécessite de plus un jugement de forclusion contre l'éventuel propriétaire (Ausschlussurteil) ou contre le propriétaire déclaré absent (paragraphe 927). Ce jugement est formateur : c'est lui qui transforme le *droit d'appropriation* en droit de se faire inscrire comme propriétaire 331). La propriété elle-même est acquise alors par le fait de l'inscription 332).

Le droit d'appropriation (Aneignungsrecht) est analysé par la doctrine comme un *droit réel* d'une nature particulière 333), lequel n'est pas opposable au véritable propriétaire.

La solution du test ne présente guère d'éléments originaux dans notre perspective, le droit du propriétaire restant opposable aux tiers tant qu'il existe (inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé).

2. L'opposabilité aux tiers du droit de se faire inscrire comme propriétaire (paragraphe 927 al. 3 BGB)

Test no 28

Comme nous l'avons déjà fait par les tests no 6 et 23, nous allons examiner ici non plus l'opposabilité aux tiers du droit du premier propriétaire, mais au

330) Meier – Hayoz, n. 22 ad art. 662 CCS. Liver, n. 95 ad art. 731 CCS.

331) Staudinger, n. 5 a et c ad paragraphe 927 BGB.

332) Staudinger, n. 5 c, ad paragraphe 927 BGB.

333) Staudinger, n. 5 b, ad paragraphe 927 BGB.

contraire celle du droit concurrent de la personne qui a acquis un nouveau droit réel sur la chose, cela dans la perspective de l'alinéa 3 du paragraphe 927 ainsi rédigé : "Si, avant le jugement de forclusion, un tiers a été inscrit comme propriétaire, ou si l'on a inscrit du chef d'un tiers propriétaire une contestation contre l'exactitude du registre foncier, ce jugement n'est pas opposable à ce tiers" (... wirkt das Urteil nicht gegen den Dritten).

Doit-on comprendre, comme la rédaction formelle de cette disposition nous pousse à le faire, que le jugement de forclusion qui, comme nous l'avons vu, est formateur, attribue au tiers dans tous les cas le droit de se faire inscrire (lequel est un droit réel intermédiaire entre le droit d'appropriation et la propriété) à l'ancien titulaire du droit d'appropriation mais que dans le cas "où un tiers est inscrit comme propriétaire avant le jugement, etc..." ce droit réel n'est pas opposable au tiers inscrit ? Cela aurait pour effet de falsifier notre règle.

Un principe juridique élémentaire s'oppose à cette interprétation car elle supposerait l'existence de deux droits, l'un de propriété, l'autre de quasi propriété, concurrents sur une même chose. Il en découle que c'est à tort que le texte de loi parle d'un jugement (constitutif du droit de se faire inscrire comme propriétaire) *inopposable au tiers déjà inscrit*. Il faut comprendre la disposition dans le sens que le jugement de forclusion est alors sans aucun effet dans l'*absolu*, le droit réel d'appropriation sur lequel il se fonde ayant antérieurement disparu au moment de l'inscription du tiers comme propriétaire. Il y a inexistence du droit réel et non inopposabilité. Notre règle n'est pas falsifiée.

C – Droit français: l'article 2262 C. civ. appliqué à la propriété immobilière

Test no 29

La jurisprudence et la doctrine françaises ont de tout temps affirmé la perpétuité de la propriété qui ne se perd pas par le non usage ³³⁴). Il n'y a donc pas de prescription extinctive de la propriété, contrairement à ce qui se passe pour les droits personnels et les autres droits réels tels par exemple, l'usufruit, limité dans le temps par définition. Ainsi, pour ce qui est du droit du propriétaire immobilier non inscrit et non possédant, il ne disparaît pas à l'échéance d'une certaine durée si aucun autre droit ne s'est créé sur la chose inconciliable avec sa survie. (Notons que cette analyse peut également s'appliquer aux droits allemand et suisse.)

Celui qui possède cet immeuble même sans juste titre et de mauvaise foi (cf. art. 2265 C. civ.), en acquiert par contre la propriété après 30 ans, l'art. 2262 pouvant fonder une prescription acquisitive de la propriété immobilière ³³⁵).

Nous retrouvons ici un problème que nous avons plusieurs fois déjà tenté de mettre en lumière et que la doctrine française élude souvent : le propriétaire initial, en vertu du principe de la perpétuité de la propriété, reste-t-il éternelle-

³³⁴) Cass. civ. 12 juillet 1905 (D. P. 1907, 1, 96). Marty et Raynaud, Droit civil, les Biens no 49 p. 58-59. Laurent, Principes de droit civil français, vol. 32, no 372 p. 392.
³³⁵) Marty et Raynaud, op. cit. no 184 p. 200.

ment titulaire d'un droit à tout jamais inopposable aux tiers, le nouveau "propriétaire" n'ayant acquis qu'une apparence de droit (cf. tests no 1, 2 et 8). Cela aurait pour effet de falsifier notre règle. Nous avons eu l'occasion de montrer ce qu'il reste de cette conception dans la jurisprudence et la doctrine. Le principe épistémologique qui nous fait nier l'existence de ce qui est imperceptible faute d'avoir un quelconque effet exclut que nous adoptions cette solution, qui ne semble d'ailleurs plus sérieusement défendue par la doctrine moderne 336).

336) Marty et Raynaud, *op. cit.* no 184 précitée.

SECTION III

L'opposabilité aux tiers des droits réels limités

I — Partie générale

A — Droit réel et droits réels limités :

La première idée qui s'impose à l'homme quant à ses rapports avec les choses est certainement celle de propriété. L'idée de droits réels limités, c'est-à-dire de droits sur les choses laissant par ailleurs subsister le droit de propriété d'une autre personne, s'impose moins et n'apparaît que dans les civilisations plus policées.

Reste la question de la qualification commune de droit réel donnée à la propriété et à ces droits limités sur la chose depuis l'époque romaine; elle a semblé s'imposer impérativement. C'est le texte français du Code civil suisse qui a le plus marqué cette communauté de nature entre la propriété et les *droits réels limités* en renvoyant à cette dernière expression et en parlant de la propriété d'une part, des *autres* droits réels d'autre part. (Le texte allemand du CSS parle par contre de droit réel limité: die beschränkten dinglichen Rechte). On doit à M. Ginossar d'avoir montré qu'il est pourtant possible de se passer de cette qualification commune en restant dans un système parfaitement cohérent 337).

Le législateur français de 1804 s'est montré très réservé quant à l'admission des droits réels limités, particulièrement des servitudes immobilières, dans lesquels il voyait un danger de résurgence de la féodalité et l'on rencontre dans le code des formules comme celle-ci (art. 686 al. 1) prohibant les servitudes personnelles :

“Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.”

La Révolution ne paraît pas avoir vu malice aux servitudes (dans les projets de Cambacérès, rien de comparable à l'a. 686). Mais une observation du tribunal

337) Ginossar, Droit réel, propriété et créance, p. 182.

d'appel de Lyon sur le projet de l'an VIII détermina un retour de flamme révolutionnaire. Contre un rétablissement des servitudes féodales, ce tribunal avait même demandé des précautions plus précises que celles qui allaient être retenues dans l'a. 686 : "la loi prohibe toute stipulation de services personnels et de services d'animaux; ... toute servitude ou service foncier au profit d'un individu" 338)

Le législateur français n'a pu se passer des droits réels limités, même de ceux auxquels il répugnait le plus, liés à la propriété immobilière; il n'a pu qu'en limiter la portée.

B — Éléments caractéristiques du droit réel appliqués aux droits réels limités :

Nous reprendrons ici rapidement les cinq éléments caractéristiques traditionnels du droit réel que nous avons retenus dans notre approche théorique dans la perspective de leur usage pour les droits réels limités (chapitre III A et B).

1. L'opposabilité aux tiers :

On se rappellera ici les difficultés que nous avons rencontrées à cerner cette notion appliquée au droit de propriété tant mobilier qu'immobilier, ses variations infinies, l'irréductibilité du concept de tiers à une définition unique, les tiers de l'expression étant parfois l'universalité des sujets de droit, parfois un nombre déterminé, parfois même une seule personne. Le droit réel limité crée d'emblée un rapport de couple indissoluble, celui du titulaire du droit limité et celui du propriétaire de la même chose. Le tiers à qui le droit réel limité est ou n'est pas opposable est toute personne susceptible de prendre la place du propriétaire.

L'idée vient ainsi naturellement que, paradoxalement, c'est sans doute par référence aux droits réels limités, et non à la propriété, que les juristes ont émis la règle en vertu de laquelle l'opposabilité aux tiers est une qualité caractéristique du droit réel.

Qui est le tiers *par rapport au droit* de propriété ? L'acquéreur *a non domino* ? Une quelconque personne qui viole le droit du propriétaire ? (cf. M. Aussel qui entend parfois opposabilité aux tiers "naturelle et normale" dans le sens du devoir de chacun de respecter les droits d'autrui 339). Les solutions, nous le savons, sont souvent peu satisfaisantes. Le tiers à un droit réel limité est très clairement déterminé.

Lorsqu'on dit que le droit réel est opposable aux tiers, c'est pour le distinguer de la créance civile. Il est bien peu de cas où le droit de propriété puisse être comparé ou confondu avec une créance civile. La limite est par contre extrêmement ténue quelquefois entre le droit de créance et le droit réel limité (cf. du droit du locataire et droit de l'usufruitier) cela tenant au fait que le droit s'exerce toujours en contradiction avec celui du propriétaire, qu'il soit

338) Carbonnier, Droit civil, les Biens, no 55 p. 187.

339) Aussel, Essai sur la notion de tiers en droit civil français, p. 79.

un droit sur la chose ou un droit contre le propriétaire. Cette dernière nuance est justement celle que M. Ginossar tient pour impertinente ³⁴⁰⁾, et, même si l'on refuse de le suivre, on doit remarquer que c'est essentiellement à cet usage permettant de distinguer les droits réels limités des *créances* en délivrance d'une chose sans transfert de droit réel que sert la notion d'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel.

2. L'immédiateté du droit :

Le critère de l'immédiateté permettant de distinguer le droit réel du droit personnel est, lui aussi, comme nous l'avons déjà relevé dans notre abord théorique (chapitre III, A, 1), conçu avant tout dans la perspective des droits réels limités : qui dit immédiat suppose l'exclusion d'un médiateur potentiel ; on peut bien sûr dire que le droit de propriété s'exerce sans l'intermédiaire de personne : cela est vrai mais assez banal ; il est par contre intéressant et symptomatique de remarquer que le droit du locataire dépend du lien juridique établi contractuellement entre lui et le propriétaire, alors que le droit de l'usufruitier existe indépendamment de tout lien juridique entre celui-ci et le propriétaire, si ce n'est bien sûr justement l'obligation *ad rem* de ce dernier de laisser à l'usufruitier la jouissance de la chose.

3. Le lien du droit réel avec la maîtrise directe de la chose :

Nous avons eu l'occasion de montrer que cette caractéristique est souvent assimilée par la doctrine, particulièrement la doctrine suisse³⁴¹⁾, à l'immédiateté du droit, cela étant dû à l'influence de la pensée de Jhering pour qui la maîtrise directe, sous la forme de la possession immédiate, est nécessaire à l'existence des véritables droits réels (position théorique, chapitre III, A, 2). Nous avons pour notre part refusé cette assimilation.

La maîtrise directe de la chose peut être, à la rigueur, dans une conception conforme à la pensée de Jhering, un élément essentiel de la propriété et de certains droits réels limités de la catégorie de ceux que la doctrine française considère comme ses *démembrements* (ou droits réels principaux)³⁴²⁾ tel l'usufruit, le droit d'habitation, les servitudes. La maîtrise directe n'accompagne pas certains droits réels tel l'hypothèque et les autres gages immobiliers.

On s'aperçoit ainsi que si l'opposabilité aux tiers et l'immédiateté du droit sont des caractéristiques conçues avant tout pour les droits réels limités, le lien du droit avec la maîtrise directe de la chose se réfère principalement au droit de propriété.

³⁴⁰⁾ Ginossar, op. cit. p. 3 – 4, no 3.

³⁴¹⁾ Meier – Hayoz, Das Sachenrecht, Komm. ad art. 641 – 654 CCS, Systematischer Teil n. 131.

³⁴²⁾ Marty et Raynaud, Droit civil, les Biens, p. 9 no 2. Stark, Droit civil, les Biens no 218, p. 94.

4. L'affectation à un patrimoine (Zuordnung)

La doctrine allemande qui a mis en lumière cette caractéristique du droit réel reconnaît d'emblée qu'elle sert *plus particulièrement* à décrire la propriété (343). Elle est cependant également pertinente pour caractériser les autres droits réels en cela que le titulaire d'un de ces droits a dans son patrimoine un droit direct sur une chose qui comme tel est un droit certain (parenté avec le critère du droit immédiat), alors que le titulaire d'un droit personnel n'a qu'une *action* contre une personne déterminée dont la réalisation est incertaine.

C — Conception française des deux catégories de droits réels limités

1. Principe :

Comme nous venons de le remarquer, la doctrine française distingue toujours dans son analyse deux catégories de droits réels : les démembrements de la propriété et les droits réels accessoires à un droit de créance. Cette distinction a été quelque peu imposée par la structure de code (344) qui traite au livre du droit des biens (art. 516 à 710) *de la propriété et des différentes modifications de la propriété*, cette dernière expression recouvrant les droits réels démembrements de la propriété, alors qu'il traite des droits réels accessoires à une créance (sûretés réelles) au troisième livre après les contrats spéciaux dont celui qui crée le cautionnement (sûreté personnelle).

La structure du code n'explique en réalité pas entièrement l'usage scientifique de la doctrine française de distinguer nettement ces deux catégories de droits réels. La doctrine française ne s'est jamais laissée imposer un mode de penser par la structure souvent peu scientifique du code. Jamais, par exemple, les traités de droit civil n'ont contenu un volume spécial intitulé : "des différentes manières dont on acquiert la propriété (3ème livre du code)". Au contraire, on rencontre toujours des traités de droit des successions tout à fait indépendantes des traités de théorie générale des obligations et des contrats spéciaux.

Une cause scientifique existe par contre, qui ne se retrouve ni en droit allemand ni en droit suisse, de traiter d'une façon tout à fait indépendante les droits réels accessoire des créances : ces droits réels dans le système juridique français sont absolument liés à la créance qu'ils garantissent, de telle sorte que, par exemple, le transfert de la propriété de l'immeuble hypothéqué entraîne transfert de la dette garantie par la ou les hypothèques (art. 2167 C. civ.). La solution des droits suisse et allemand est au contraire celle de l'autonomie de ces droits réels de sûreté par rapport aux créances qu'ils garantissent ; les contingences pratiques des affaires ont cependant amené, en Suisse comme en Allemagne, à une pratique telle des clauses contractuelles de reprise de dettes hypothécaires dans les ventes immobilières qu'on peut presque parler d'une clause de style qui consacre, en pratique, une solution analogue à celle du droit français.

343) Lent-Schwab, Sachenrecht paragraphe 1, I, p. 1.

344) Ray, Essai sur la structure logique du Code civil français, p. 194.

2. Choix de la systématique française fondé sur la détermination préalable des tiers et du contenu pragmatique de la notion d'opposabilité :

Nous venons de constater que les nécessités de l'ordre juridique amènent à reconnaître le lien existant entre les créances et ceux des droits réels qui ne visent qu'à les garantir et par là-même à considérer, comme le fait la doctrine française, qu'il existe des droits réels limités de deux types distincts : les démembrements de la propriété et les sûretés réelles. Cette constatation nous amène déjà à opter dans notre analyse pour le schéma du droit français.

Une autre cause milite plus encore dans ce sens dans la perspective particulière qui est la nôtre. Nous parlons d'opposabilité aux tiers et nous devons, comme nous l'avons fait systématiquement pour le droit de propriété, nous demander qui sont ces tiers. La réponse à cette question est unique pour tous les droits réels limités démembrement de la propriété et unique également pour toutes les sûretés réelles, mais diffère entre ces deux catégories. Le tiers à l'opposabilité des démembrements de la propriété est le propriétaire, représentation potentielle de l'universalité des sujets de droit. L'opposabilité est un droit de suite de la chose. (Nous rencontrerons une exception à cette règle que nous signalerons simplement). Le tiers aux sûretés réelles s'entend dans deux sens : il s'agit aussi du propriétaire représentation potentielle de l'universalité des sujets de droit, l'opposabilité étant alors un droit de suite de la chose. Mais les tiers s'entendent également des créanciers en nombre nécessairement limité du propriétaire de la chose : l'opposabilité est dans ce cas un droit de préférence.

Il est donc pour nous de première importance d'adopter la technique en principe propre au droit français pour l'ensemble de nos tests.

L'OPPOSABILITE AUX TIERS DES DROITS REELS DEMEMBREMENTS DE LA PROPRIETE

I – L'opposabilité aux tiers de certains usufruits légaux du droit suisse

A – Dispositions communes aux usufruits légaux immobiliers (art. 747 CCS)

Test no 30

1. Enoncé de la règle :

L'art. 747 CCS est une des rares dispositions légales qui parlent expressément de l'opposabilité aux tiers d'un droit (cf. art. 717 CCS : test no 13), et, de ce fait même, de sa possibilité d'être inopposable aux tiers. Nous ne pouvons pas *a priori* dire à quel type d'inopposabilité aux tiers éventuelle se réfère le législateur suisse tant nous savons que l'expression recouvre des choses différentes dans les textes de loi comme chez les auteurs.

L'art. 747 CCS est ainsi rédigé :

“L'usufruit légal portant sur des immeubles est opposable, même sans inscription, aux tiers qui en ont connaissance.

Son inscription le rend opposable à tous autres tiers”.

La doctrine aime généralement à noter que cet art. 747 CCS n'est en réalité que la conséquence (du moins dans le domaine successoral) de la règle de l'art. 561 al. 2 qui concerne tant les usufruits mobiliers qu'immobiliers³⁴⁵).

“L'art. 747 ne s'applique, au reste, à l'usufruit légal qu'en matière d'immeubles; mais, sans doute, en matière de meubles, la même règle doit être suivie, mutatis mutandis, puisque l'art. 747 n'est qu'une conséquence de l'art. 561, alin. 2, auquel il faut remonter pour connaître dans toute son étendue la pensée du législateur”³⁴⁶).

Rappelons en marge que les cas visés sont, d'une part, les usufruits découlant du droit des successions (art. 462 : usufruit du conjoint survivant, art. 460 al. 2 et 3 : usufruit des arrière-grands-parents, grands-oncles et grands-tantes) ainsi que, d'autre part, l'usufruit découlant du régime matrimonial de la communauté de biens³⁴⁷).

Notons enfin que l'art. 747 CCS, auquel d'ailleurs la doctrine s'est peu intéressée, n'a jamais fait l'objet, à notre connaissance, d'une jurisprudence fédérale.

345) Leemann, n. 3 ad art. 747 CCS.

346) Rossel et Mentha. Manuel de droit civil suisse, vol. 3, p. 31 no 1391.

347) Wieland; Les Droits réels dans le code civil suisse p. 537.

2. Analyse de la règle :

Il découle de l'art. 747 CCS que, si l'usufruit légal est opposable sans inscription dans certains cas et que, dans les autres, l'inscription ne fait que le rendre opposable aux tiers, il existe dans tous les cas du seul fait de la loi et qu'ainsi le registre foncier n'a, à son égard, qu'une fonction de publicité, c'est-à-dire déclarative (348). Pour les usufruits légaux issus du droit des successions, tout au moins, cela entre dans la logique nécessaire du système du droit suisse. La propriété immobilière elle-même (art. 656 al. 2) est acquise à l'héritier par le seul fait de la mort de son auteur, et ainsi même le droit de *propriété* immobilière s'acquiert par succession à cause de mort en l'absence d'inscription au registre foncier. Dans ce dernier cas, d'ailleurs, il ne serait pas exact de dire que seule l'inscription au registre foncier rend le droit opposable aux tiers, puisque justement alors nulle personne vivante n'est inscrite comme propriétaire et ne peut disposer de l'immeuble; il faudrait plutôt dire que l'héritier non encore inscrit comme propriétaire d'un immeuble n'a pas acquis une autre qualité de son droit de propriété qui est le droit d'en disposer (*ius abutendi*).

Lorsque l'héritage est celui d'un droit d'usufruit, il s'agit bien par contre, conformément au texte de la loi, d'une question d'opposabilité aux tiers (même si la notion reste à définir pour le cas particulier). De prime abord, l'énoncé de l'art. 747 semble nous ramener aux principes généraux qui régissent le transfert *a non domino* de la propriété : protection du tiers de bonne foi, c'est-à-dire inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé du droit en l'absence de publicité ou de mauvaise foi prouvée par un autre moyen. Une question se pose cependant : lorsque la loi dit que l'usufruit légal est opposable même sans inscription *aux tiers qui en ont connaissance*, désigne-t-elle par cette périphrase les tiers de *mauvaise foi* que nous avons rencontrés dans la plupart des dispositions légales jusqu'ici, avec la référence que cela implique à l'art. 3 al. 2 (N'est de bonne foi que celui qui n'a pas commis de faute dans ses méthodes d'information) ? La doctrine unanime répond par la négative. Il ne faut pas tenir compte des négligences et l'expression de l'art. 747 doit être prise dans le sens très étroit de ceux qui ne savent pas, même si leur ignorance est fautive. On justifie généralement cette opinion par le fait que la négligence n'est jamais très grave de celui qui se fie à la seule inscription du registre foncier, mais que, par contre, est gravement négligent celui qui ne fait pas inscrire rapidement son droit d'usufruit.

"Si le propriétaire aliène ou hypothèque l'immeuble, l'usufruitier non inscrit n'a contre le propriétaire qu'une action fondée sur l'enrichissement illégitime ou une action en dommage intérêt pour acte illicite, aussi longtemps qu'il ne peut rapporter la preuve contre le tiers qu'il avait la connaissance positive de l'existence de l'usufruit. L'art. 3 al. 2 ne trouve pas ici d'application" (349). "Il pourra s'établir ainsi souvent, dans l'intérieur d'une famille, des situations équivoques, qui risqueraient de causer aux tiers un préjudice considérable, si la jurisprudence n'exige pas, pour maintenir l'usufruit légal à leur encontre, la preuve stricte qu'ils en avaient bien réellement connaissance en traitant avec le

348) Leemann, n. 3 ad art. 747 CCS.

349) Leemann, n. 5 ad art. 747 CCS.

propriétaire. Il serait fâcheux que, dans l'interprétation de cette disposition, et pour sauver le droit d'un négligent, on cherchât des inspirations dans la règle de l'art. 3, alin. 2^o 350).

Ces dernières considérations ne changent rien au fait que l'usufruit légal immobilier reste ici opposable aux tiers tant qu'il existe. Dès que le tiers a acquis la propriété de bonne foi et alors que l'usufruit n'était pas inscrit, ce dernier droit a disparu. Nous sommes devant un cas d'opposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé, impropre à falsifier notre règle. Cette constatation est surtout intéressante dans la mesure où elle montre qu'à 30 articles de distance (717 et 747) le législateur suisse emploie l'expression de droit réel "inopposable aux tiers" dans son sens propre (717), le droit existant et ne pouvant être opposé aux tiers (test no 13), et dans un sens impropre, ou à tout le moins différent (747).

Pour rester dans le cadre de notre définition de la véritable notion d'opposabilité aux tiers, nous pensons que l'art. 747 CCS devrait être rédigé ainsi : "L'usufruit légal portant sur des immeubles s'acquiert sans inscription (exception à l'art. 746 al. 1) et ne *s'éteint pas*, même s'il n'est pas inscrit, lorsqu'un tiers qui en a connaissance acquiert la propriété de l'immeuble ou un droit en principe inconciliable avec son maintien".

A noter ici que l'art. 748 ne met pas au nombre des causes d'extinction de l'usufruit, l'acquisition de l'immeuble par un tiers de bonne foi lorsque cet usufruit est légal et non inscrit. Cette absence est à notre sens une lacune car l'art. 747 définit bien un mode d'extinction de l'usufruit. Si l'on devait adopter la solution contraire, en s'appuyant sur le double argument de l'absence de référence à cette cause d'extinction à l'art. 748 et des termes d'opposabilité aux tiers employés à l'art. 747, qui seraient alors pris dans leur sens propre, on arriverait à la solution suivante : l'usufruit légal survivrait à l'acquisition par le tiers jusqu'à la mort de l'usufruitier mais ne serait jamais plus opposable au propriétaire (cas de survivance de droit). On retrouve dans une telle analyse l'illusion rencontrée plusieurs fois déjà dans la jurisprudence tant française (test no 2) que suisse (test no 25). Nous ne pouvons ici que répéter l'argument épistémologique propre à notre sens à réfuter cette position : un droit qui, parce qu'il n'a aucun effet et est condamné à n'en avoir jamais plus aucun, doit être tenu pour éteint faute d'être perceptible par la raison humaine.

3. Appendice : comparaison des art. 747 et 837 CCS (droit réel et théorie du ius ad rem)

Nous allons devoir esquisser ici les données d'une question majeure à laquelle nous consacrerons toute la troisième section de notre étude et qui présente des analogies avec le problème de l'opposabilité aux tiers des usufruits légaux définie à l'art. 747. Lorsqu'à l'art. 747 CCS la loi définit les conditions de l'opposabilité aux tiers de ce qu'elle appelle les *usufruits légaux* immobiliers, elle institue un système parfaitement clair et cohérent : ces usufruits sont bien des usufruits *légaux* en cela qu'ils s'acquièrent du seul fait de la loi, et surtout

350) Rossel et Mentha, Manuel de droit civil suisse, vol. 3 p. 31, no 1391.

que, du seul fait de la loi, ils sont *d'emblée acquis avec la qualité de droits réels*. La loi n'adopte pas le même système pour ce qu'elle appelle les *hypothèques légales* (art. 837) car dans ce cas, si le droit naît bien du fait de la loi (et non du contrat), il ne s'agit pas du droit réel d'hypothèque lui-même, puisqu'aux termes de l'art. 837, le vendeur d'un immeuble, le cohéritier dans le partage, l'artisan ou l'entrepreneur, n'acquiescent que le *droit de requérir l'inscription d'une hypothèque légale*; le droit réel lui-même ne naît que du fait de l'inscription au registre foncier. Le terme de *légal* ne signifie donc pas la même chose, en droit suisse, dans les expressions *d'hypothèques légales* et *d'usufruit légal*. Quelle est la nature de ce droit de requérir l'inscription d'une hypothèque? Ce droit n'est-il qu'une créance civile opposable au seul propriétaire initial de l'immeuble ou, au contraire, à tout tiers acquéreur ultérieur de la propriété ou d'une autre hypothèque? C'est là une série de questions fort intéressantes qui ont largement occupé les juristes européens depuis plusieurs décennies : nous leur consacrerons, comme nous l'avons dit, notre troisième section.

Ce qui nous intéresse, pour l'instant, est le parallèle que l'on peut faire entre les conditions de l'opposabilité aux tiers (au sens secondaire et dérivé bien sûr : nous adopterons un instant le vocabulaire du code) des usufruits légaux définies par la loi à l'art. 747 et celles, définies par la jurisprudence et la doctrine, des hypothèques légales. Roguin, dans sa *Science juridique pure* de 1923³⁵¹), se rallie à la doctrine alors déjà répandue en France et dite du *ius ad rem* ou créance réelle, celle-là même que Rigaud a exposé et combattu dans sa thèse précitée de 1912 : *Le Droit réel*. Au cours des années, la doctrine suisse vit ses partisans augmenter. Nous reviendrons à cet historique en temps utile. Le tribunal fédéral se rallia, lui aussi, à la doctrine du *ius ad rem* dans son arrêt Robusti au 24 novembre 1966³⁵²).

En bref pour l'instant, nous dirons que, selon la doctrine du *ius ad rem*, le titulaire du droit de faire inscrire une hypothèque légale peut opposer son droit à exiger l'inscription de tout propriétaire de l'immeuble parce que :

"la qualité de débiteur de cette obligation est attachée à celle de propriétaire de l'immeuble" 353).

La doctrine, en Suisse, se divise en deux tendances qui sont celles des deux commentaires. Homberger pense que le titulaire du droit de faire inscrire une hypothèque légale ne peut opposer son droit au tiers acquéreur postérieur de l'immeuble que dans la mesure où il est de mauvaise foi³⁵⁴). Leemann pense qu'au contraire ce droit est opposable à tous les tiers même de bonne foi³⁵⁵).

Ainsi, si nous établissons la comparaison qui nous intéresse, nous constatons les faits suivants : si l'on se rattache à la doctrine de Leemann, on remarque que la *créance réelle* en inscription d'une hypothèque légale est beaucoup plus largement "opposable aux tiers" que le *droit réel* d'usufruit légal non inscrit, puisque, dans ce dernier cas, l'art. 747 limite "l'opposabilité" aux tiers de mauvaise foi et encore dans le sens le plus étroit de ces termes. Même si l'on se rattache à la doctrine majoritaire (Homberger, Piotet, Tribunal fédéral, etc.) on

351) Roguin, op. cit. p. 931 ss.

352) ATF 92 II 228.

353) Piotet, note sous la traduction de l'arrêt Robusti (JT 1967 I 272).

354) Homberger, n. 37 ad art. 961 CCS.

355) Leemann, n. 27 ad art. 837 CCS.

arrive à la conclusion que la *créance* réelle en inscription d'une hypothèque légale reste plus largement "opposable aux tiers" que le *droit réel* d'usufruit légal non inscrit à cause de la petite nuance portant sur la définition des "tiers qui ont connaissance" de l'existence du droit à l'art. 747 al. 1.

Nous pourrions dire la même chose en nous plaçant sur un plan quelque peu différent. A supposer que l'art. 747 n'existe pas, il faudrait estimer que les usufruits dits légaux ne sont créés comme droits réels que par leur inscription, de la même façon que les usufruits conventionnels. En conséquence de quoi, le droit de les faire inscrire découlant directement de la loi devrait être tenu pour une créance réelle. Ces droits dans cette hypothèse seraient plus largement "opposable aux tiers" qu'ils ne le sont en application de l'art. 747.

B L'opposabilité aux tiers des usufruits légaux du droit des successions (art. 561 et 564 CCS)

Test no 31

1. Enoncé et résultat du test :

L'art. 561 al. 2 CCS dispose que les usufruits légaux du droit des successions produisent les effets d'un droit réel dès l'ouverture de la succession. C'est le principe déjà rencontré dans le test précédent énoncé à l'art. 560 al. 1 et conforme à l'adage "la mort saisit le vif".

L'art. 561 al. 2 *in fine* exprime cependant une réserve à l'existence de ce droit réel par la formule "en tant qu'il est opposable aux créanciers du défunt". Cela signifie que le caractère de droit réel de l'usufruitier dès son acquisition n'implique pas nécessairement qu'il soit opposable *erga omnes*. Quelles situations sont-elles ici visées ? L'art. 561 al. 1 dispose que les usufruits légaux du droit des successions sont soumis aux dispositions qui régissent les legs. Cela devrait normalement impliquer (art. 562 CCS) que les titulaires de ces droits n'aient qu'une action personnelle contre leurs débiteurs (en l'espèce les héritiers de la propriété). C'est l'al. 2 justement de l'art. 561 qui exclut cette interprétation en donnant un caractère réel au droit de l'usufruitier dès l'ouverture de la succession.

Il n'en reste pas moins que les usufruitiers légaux, lorsque les biens du *de cuius* sont des choses mobilières ou immobilières, sont créanciers des héritiers de la propriété : ces derniers doivent leur en transmettre la jouissance (conférer la possession des meubles et faire inscrire l'usufruit sur les immeubles, peu importe que ces actes n'aient qu'un effet déclaratif).

Or les acquéreurs de la propriété ont d'autres débiteurs, ceux qu'avait le *de cuius* dont ils répondent des dettes (art. 560 al. 2 CCS). Les usufruitiers, comme les légataires ne répondent pas des dettes de la succession (cf. contra art. 612 C. civ.) . Si une succession est insolvable ou du moins insuffisante pour désintéresser les créanciers du *de cuius* si l'on maintient les usufruits légaux, les créanciers du *de cuius* sont préférés à l'usufruitier (principe analogue à celui énoncé par l'art. 486 al. 1)³⁵⁶, c'est-à-dire que l'usufruit est inopposable aux tiers que sont ces créanciers.

356) Escher, n. 2 ad art. 564 CCS.

Cette inopposabilité aux tiers s'entend au sens propre de l'expression, l'existence du droit réel de l'usufruitier ne faisant aucun doute (art. 561 al. 2) et n'ayant pas d'effet contre les créanciers (art. 564 al. 1). Notre règle est falsifiée.

2. Les tiers :

Les tiers dont il s'agit ici sont les créanciers du *de cuius*. Il entre dans cette définition une condition ayant son origine à une époque antérieure à la naissance du droit d'usufruit : ces tiers sont donc des personnes prédéterminées ne représentant ni l'universalité des sujets de droit, ni une partie de cette universalité.

3. Durée de la situation d'inopposabilité aux tiers du droit d'usufruit :

Le droit d'usufruit naissant après les créances qui entrent en conflit avec lui, il est un droit réel inopposable aux tiers *ab initio*. On ne peut en aucun cas tirer de cette circonstance un argument permettant de contredire le législateur et d'affirmer que le droit ainsi acquis n'est pas vraiment un droit réel : outre qu'il est opposable à certains autres tiers (par exemple les acquéreurs de mauvaise foi visés par l'art. 747 CCS lorsque les biens en cause sont des immeubles), les tiers créanciers à qui ce droit n'est pas opposable peuvent renoncer à leur droit et cette renonciation rend à l'usufruit sa pleine efficacité³⁵⁷).

Quant à la limite de durée de cette situation, si les tiers créanciers n'ont pas renoncé à leur droit, elle est marquée par la réalisation, sous quelque forme que ce soit, des biens touchés par l'usufruit. Après l'acquisition par d'autres personnes de ces biens, l'usufruit antérieurement inopposable aux tiers, disparaît. On ne peut en aucun cas dire, pour les raisons maintes fois exposées, qu'il continue simplement à être inopposable aux tiers.

II — L'opposabilité aux tiers de l'usufruit légal du conjoint survivant en droit français

Test no 32

A — *Enoncé et résultat du test* :

Le droit français, comme le droit suisse, connaît plusieurs cas d'usufruits légaux qui naissent par le seul effet de la loi dans certaines circonstances définies et indépendamment de tout acte de publicité. C'est par exemple le cas de l'usufruit des parents sur les biens de l'enfant (art. 384 C. civ.) et surtout de l'usufruit du conjoint survivant sous ces diverses formes (art. 767 C. civ.). C'est à ce dernier cas que nous nous intéresserons exclusivement.

La naissance d'un droit réel encore occulte est d'ailleurs, il convient de le remarquer, tout à fait habituel dans les institutions juridiques françaises (cf.

357) Tuor, Picononi, n. 5 ad art. 561 CCS.

le principe du transfert de la propriété *solo consensu*) alors qu'il est exorbitant au système suisse.

Quant aux conditions qui rendent l'usufruit du conjoint survivant opposable aux tiers, elles sont tout naturellement comparables à celle qui rendent opposables aux tiers le droit de propriété; la possession est nécessaire pour les droits portant sur des meubles à l'égard des tiers de bonne foi, ainsi que la publication au bureau des hypothèques pour les droits portant sur des immeubles, l'usufruit étant un droit sujet à publicité obligatoire (art. 28 3 et 30 du décret 55 – 22 du 4 janvier 1955).

Faute de ces conditions de publicité, l'usufruit est inopposable aux tiers, l'expression étant prise dans son sens secondaire et dérivé, puisque le titulaire du droit peut l'opposer à quiconque tant qu'il existe. La solution ne présente donc ici guère d'originalité.

B – Note sur l'art. 621 C. civ. : l'extinction de l'usufruit.

Une section du code est consacrée à l'énumération des modes d'extinction de l'usufruit (art. 617 à 624). Cette énumération n'est pourtant pas tout à fait exhaustive³⁵⁸), et le code passe sous silence ceux qui lui semblent aller de soi parce que découlant d'autres règles de droit. C'est le cas, par exemple, de l'extinction de l'usufruit des père et mère sur les biens de l'enfant lorsque celui-ci a atteint l'âge de 16 ans (règle énoncée à l'art. 384 ch. 1).

Dans cette section consacrée aux modes d'extinction de l'usufruit, l'art. 621 dispose expressément que "la vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier", c'est-à-dire qu'elle le laisse intégralement subsister. Cette disposition signifie simplement que le propriétaire dont la chose est grevée de l'usufruit peut disposer de la propriété de sa chose et que cela n'a pas d'effet sur le droit de l'usufruitier, mais l'application de ce principe suppose soit que le droit de l'usufruitier apparaisse (possession pour les meubles, inscription pour les immeubles), soit que le tiers acquéreur de la propriété connaisse son existence et soit ainsi de mauvaise foi".

Dans le cas contraire, il est évident que l'art. 621 ne fait nullement obstacle aux principes du droit commun énoncé par l'art. 2265 pour les immeubles et 2279 pour les meubles. Le transfert *a non domino* est un mode d'extinction de l'usufruit³⁵⁹), lequel se trouve dans les conditions ainsi définies par la loi inopposable aux tiers dans le sens secondaire et dérivé de l'expression.

III – Remarque relative au droit allemand :

Les trois tests précédents ont été consacrés à des usufruits légaux du droit des successions. Une fois (test no 31) nous avons constaté un cas de falsification de notre règle et les deux autres tests ont fait apparaître une inopposabilité aux tiers improprement dite du droit réel d'usufruit. La cause apparente de ces

358) Marty et Raynaud, Droit civil, les Biens, p. 105 no 81.

359) Marty et Raynaud, op. et loc. cit.

situations réside dans le paradoxe des systèmes légaux suisse et français qui créent un droit réel limité découlant de la seule loi. Nous n'étudierons pas ici ce phénomène dont nous réservons l'analyse à la partie finale de notre étude consacrée à interpréter le degré de falsifiabilité de notre règle. Nous devons cependant remarquer dès maintenant que les expériences que nous venons de réaliser sont impossibles en droit allemand, parce que ce système juridique ne connaît pas d'usufruit légaux du droit des successions et évite ainsi ce genre de situations.

IV – L'opposabilité aux tiers de la servitude d'écoulement des eaux pluviales en droit français (art. 640 C. civ.)

Test no 33

A – La règle de l'art. 640 C. civ. :

Sous le titre "des servitudes qui dérivent de la situation des lieux", l'art. 640 al. 1 C. civ. dispose que : "les fonds sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme n'y ait contribué". Il y a ainsi création de ce qu'il est convenu d'appeler une servitude légale parce qu'elle découle de la loi indépendamment de la volonté de l'homme.

Aux termes de l'al. 2 de l'art. 641, "le propriétaire inférieur (c'est-à-dire du fond servant) ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement", et supprimer ainsi cette servitude.

B – Hypothèse du test :

Imaginons que le propriétaire A du fond servant s'avise de construire une digue contrairement à l'interdiction que lui en fait l'art. 640 al. 2. Le propriétaire B du fond dominant ne réagit pas tout de suite et A vend son fonds à C lequel est de bonne foi. Si B s'avise de la situation, quid de l'opposabilité de son droit aux tiers C ?

C – Analyse et conclusion :

Il convient tout d'abord de remarquer que le droit réel limité du propriétaire du fond dominant, droit découlant directement de la loi, n'a pas fait l'objet d'une publication au bureau des hypothèques.

Très souvent, l'exercice des servitudes légales fait l'objet d'une convention (360), laquelle, disait jadis la jurisprudence de la Cour de Cassation, n'est opposable aux tiers qu'après sa publication au bureau des hypothèques (361). Le décret du 4 janvier 1955 en a décidé autrement, en rendant la publication de telles conventions facultative (art. 37 ch. 2).

360) Marty et Raynaud, op. cit. no 148, p. 168.

361) Cass. civ., 17 octobre 1950 (D. 1952, 2, 562).

L'existence et l'opposabilité aux tiers des servitudes légales du type de celle qui nous intéresse ici ne sont bien sûr liées ni à l'existence d'une convention d'exercice, ni à une publication. La Cour de Cassation a ainsi été amenée, dans une affaire jugée en 1953 ³⁶²), à appliquer la règle de la prescription trentenaire (art. 2262) : le propriétaire du fond dominant agissait en l'espèce contre le propriétaire du fond servant qui avait construit un ouvrage destiné à retenir les eaux pluviales plus de 30 ans auparavant ; ce dernier était bien sûr de ce fait de mauvaise foi.

Lorsque le propriétaire du fond servant est un tiers qui a acquis le fond après la construction de l'ouvrage destiné à retenir les eaux et que ce tiers est de bonne foi, c'est l'art. 2265 (prescription par dix et vingt ans) qui lui est applicable. On voit ainsi que la présente expérience n'est pas propre à falsifier notre règle, le droit du propriétaire du fond dominant pouvant être exercé en justice tant qu'il existe.

362) Cass. civ., 2 novembre 1953 (D. 1954, 2, 39).

Deuxième sous-section :

L'OPPOSABILITE AUX TIERS DES SURETES REELLES.

I — Partie générale :

A — Les différents systèmes :

1. Profil

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer, les droits réels limités accessoires des créances, qui sont de par leur nature intimement liés au droit de l'exécution forcée, ont connu un développement très différent d'un pays à l'autre les influences réciproques n'ayant été que très faibles.

Il est donc nécessaire, avant de soumettre notre règle à des tests dans le cadre de ce droit des sûretés, de dresser un rapide tableau comparatif des institutions positives, étant bien entendu que notre investigation au niveau épistémologique nous amènera finalement, comme toujours, à ne nous intéresser qu'à ce que ces règles de droit ont de commun indépendamment de la volonté des législateurs nationaux.

2. La notion de tiers aux sûretés réelles; droit de suite et droit de préférence (rappel)

L'opposabilité aux tiers des sûretés réelles se définit pragmatiquement par un droit de préférence dirigé contre un nombre limité et prédéterminé de tiers, les créanciers du propriétaire de la chose grevée : ce droit de préférence est la raison d'être des sûretés réelles.

L'opposabilité aux tiers de la sûreté s'entend aussi du droit de suite de la chose grevée en les mains de quelques propriétaires qu'elle se trouve : le tiers propriétaire de la chose représente ici potentiellement la totalité des sujets de droit.

Nous avons déjà constaté ce double sens de l'expression d'opposabilité aux tiers appliquée aux sûretés réelles (troisième section, I, A, 2 *in fine*). La doctrine française dit généralement que le droit de suite est un *moyen* au service du droit de préférence³⁶³).

B — Le droit français :

1. Conceptions fondamentales et historiques :

L'analyse des conceptions fondamentales du droit français des sûretés réelles présente, dans notre perspective, un intérêt tout particulier en cela que

363) Marty et Raynaud, Droit civil, les Sûretés, la Publicité foncière, no 8 p. 5.

le système, aux fondements généraux très anciens, donne une image de ces droits réels dans leur état primitif où les retouches apportées par la volonté arbitraire du législateur sont restées d'importance modeste. L'évolution elle-même, qui va lentement du droit de 1804 au droit contemporain, est également intéressante.

Nous l'avons déjà vu : le droit des sûretés est abordé dans le code civil d'une façon tout à fait indépendante de celui des autres droits réels que sont la propriété et ses démembrements. Les sûretés sont liées au droit des obligations sous l'aspect particulier qu'est leur exécution forcée. La doctrine analyse ces sûretés comme un ensemble de dérogation à la règle générale en vertu de laquelle toutes les créances civiles sont d'égale valeur³⁶⁴). Ce principe est émis à l'art. 2093 C. civ. ainsi rédigé.

“Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence”.

On oppose d'autre part les sûretés réelles, qui seules dérogent au principe de l'art. 2093 C. civ., aux sûretés personnelles constituées par le cautionnement. Ce dernier sujet ne concerne pas notre objectif.

En quoi les sûretés réelles sont-elles des droits réels et le sont-elles toutes ? Pour les auteurs classiques, le critère qui permet de qualifier les sûretés réelles de droit réel est justement leur opposabilité aux tiers, notion dont nous connaissons si bien les aléas. Certains auteurs vont jusqu'à considérer que seule les sûretés réelles munies et du droit de préférences (elles le sont toutes) et du droit de suite sont vraiment des droits réels (les droits de nantissement et de rétention ne sont généralement pas munis du droit de suite³⁶⁵).

D'autres auteurs refusent à certaines sûretés le caractère de droit réel parce qu'elles ne confèrent pas la maîtrise directe de la chose : c'est le cas notamment de l'hypothèque; mais refuser de qualifier l'hypothèque de droit réel, c'est aller contre le texte du code (art. 2114 al. 1 C. civ.)³⁶⁶). On reconnaîtra dans cette position l'influence de la pensée de Jhering que nous avons longuement étudiée sur ce point (notamment position théorique, chapitre III, A, 2).

On voit ainsi d'emblée que la notion de droit réel sûreté est restée jusqu'à ce jour extrêmement flottante dans la pratique française.

Avant de dresser un tableau le plus complet possible des sûretés réelles, et plus particulièrement de celles que l'on doit vraiment qualifier de droits réels lesquelles serviront à nos tests, il convient de consacrer un très bref paragraphe à la publicité des sûretés *immobilières* qui depuis le décret du 4 janvier 1955 a, de fait, bouleversé le fond même de ces droits.

2. La publicité des sûretés immobilières :

Nous avons déjà eu l'occasion de constater l'absence d'un véritable système de publicité foncière dans le Code Napoléon (section II, A, A, 2). Le code

364) Donnier, Privilèges, commentaire JCC ad art. 2095 C. civ. n. 2. Marty et Raynaud, Droit civil, les Sûretés, la Publicité foncière n° 2 p. 1.

365) Mazeaud, Leçons de droit civil, t. III n. 129. Nerson et Frossard, JCC, commentaire ad art. 2092-2094 C. civ. fasc. A2, n. 60. Catala – Franjou, De la nature juridique du droit de rétention, p. 12.

366) Références citées par Marty et Raynaud, Droit civil, les Sûretés la Publicité foncière, no 155 p. 92.

a pourtant toujours connu des sûretés portant sur les immeubles lesquelles sûretés, à part les hypothèques conventionnelles qui étaient publiées, étaient des droits opposables *erga omnes* bien que souvent occultes, toutes n'étant pas d'ailleurs des droits réels tels les privilèges généraux (voir définition de cette notion ci-dessous sous chap. 3 litt. a).

Avec les décénies, les sûretés occultes légales ne firent que se multiplier constituant finalement un système à la fois extrêmement complexe et extrêmement incertain. C'est principalement pour mettre fin à cette situation inadmissible dans un système de crédit foncier moderne, qu'ont été édictés les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955.

Tout en maintenant le principe traditionnel de la publicité déclarative, les décrets de 1955 ont supprimé les sûretés immobilières occultes ou plus exactement ont lié l'opposabilité aux tiers de toutes les sûretés à leur *inscription* au bureau des hypothèques. (Le bon usage veut, pour des raisons historiques, que l'on parle d'*inscription* des privilèges et hypothèques et de *publication* des autres droits immobiliers : cet usage n'est pas toujours respecté par la doctrine). Il ne subsiste plus que deux des anciens privilèges généraux ; les autres ne s'exercent plus que sur le patrimoine mobilier et ont été transformés en droit de faire inscrire une hypothèque légale sur les immeubles.

3. Tableau sommaire des sûretés réelles :

a — les privilèges généraux (mobiliers et immobiliers)

Des privilèges généraux à l'ancienne mode opposables sans être inscrits au titulaire de tout autre droit concurrent tant réel que personnel, tant mobilier qu'immobilier, il ne reste que le privilège des frais de justice (art. 2101 ch. 1 et 2104 ch. 4) et le privilège des salariés (art. 2101 — 4 et 2104 — 2 C. civ. cf. art. 2105). Ces privilèges, lorsqu'ils s'exercent sur des immeubles sont dispensés d'inscription (art. 2107). Ils sont opposables aux tiers en cela qu'ils sont munis du *droit de préférence*, mais la doctrine leur refuse le *droit de suite*³⁶⁷). Ces privilèges ne sont pas des droits réels parce qu'ils ne sont pas des droits sur *des choses déterminées*.

Les 6 autres privilèges généraux traditionnels (frais funéraires, frais quelconques de dernière maladie, fournitures de subsistance au débiteur pendant la dernière année, créance de la victime d'accident, allocation dues par les caisses de compensation, et créances de ces mêmes caisses) ne s'exercent plus que *sur le patrimoine mobilier* (art. 2101) dans l'ordre déterminé par la loi, du moins en tant que privilège (cf. infra hypothèques légales). Ces privilèges mobiliers généraux ne sont pas des droits réels faute de s'exercer sur des choses déterminées.

b — Les privilèges immobiliers spéciaux :

La loi en dresse la liste à l'art. 2103 C. civ. ; ils sont au nombre de six, mais en réalité peuvent être ramenés à quatre, deux d'entre eux n'étant que des

³⁶⁷) Marty et Raynaud, Droit civil, les Biens, no 138 p. 82 — 83.

subrogations dans deux autres³⁶⁸) : ce sont le privilège du vendeur d'immeubles (ch. 1) et de ceux qui ont fourni des deniers pour financer l'acquisition (ch. 2) ainsi que le privilège des copartageants (ch. 3), celui des architectes et entrepreneurs (ch. 4) et de ceux qui ont fourni des deniers pour les payer (ch. 5), enfin celui de la séparation des patrimoines (ch. 6).

Le privilège immobilier spécial est le droit du créancier d'être payé de préférence aux autres sur la réalisation d'un ou de plusieurs immeubles déterminés. Il se distingue de l'hypothèque en cela qu'il est *toujours au premier rang devant les hypothèques quelque soit la date de son inscription*.

Les privilèges immobiliers spéciaux ont tous leur source dans la loi à l'exclusion du contrat, mais ils n'ont d'effet qu'après leur inscription au bureau des hypothèques (art. 2106). De plus, et c'est là un point extrêmement important, ces privilèges doivent être inscrits dans un délai déterminé pour conserver leur qualité de privilèges (droit de premier rang indépendamment de la date de leur inscription). Le privilège du vendeur et celui du copartageant doit être inscrit dans les deux mois du jour de la vente (art. 2108). Le privilège de la séparation des patrimoines doit être inscrit dans les quatre mois de l'ouverture de la succession (art. 2111). Le privilège des architectes et entrepreneurs doit être inscrit suivant une procédure complexe nécessitant l'inscription de deux procès verbaux, le premier avant le début des travaux, le second dans les six mois qui suivent leur achèvement (art. 2103 ch. 4). Si le délai ainsi imposé par la loi n'est pas respecté, ces privilèges peuvent encore être inscrits mais ils n'ont plus que valeur d'hypothèque, c'est-à-dire que les hypothèques antérieurement inscrites leur sont opposables à un rang préférable (art. 2113)³⁶⁹.

Les privilèges immobiliers spéciaux sont à n'en pas douter des droits réels s'exerçant sur des biens déterminés. Tant qu'ils ne sont pas inscrits, ils n'ont *absolument aucun effet* et il ne peut être ici question de bonne ou de mauvaise foi des autres créanciers étant donné que le droit du bénéficiaire de faire inscrire son privilège est une compétence qui peut être ou non exercée par son titulaire sans mettre en cause l'existence même de sa créance. Nous considérons pour notre part, au risque de nous mettre en contradiction avec les habitudes de l'ensemble de la doctrine française, que l'inscription des privilèges immobiliers spéciaux est *constitutive du droit réel*, le droit de faire procéder à cette inscription n'étant qu'une créance réelle contre le propriétaire de la chose.

c – les hypothèques légales :

Outre les privilèges immobiliers spéciaux dégénérés dont nous venons de parler, le code crée des hypothèques légales dont la liste est énumérée par l'art. 2122. Tout d'abord, peuvent faire inscrire une hypothèque légale *les créanciers qui sont par ailleurs privilégiés sur les meubles* à teneur de l'art. 2101 ch. 2, 3, 5, 6, 7 et 8 (art. 2122 ch. 5) ainsi que les personnes énumérées au chiffre 1 à 4 (hypothèque légale du conjoint, du pupille, de l'Etat sur les biens de certains fonctionnaires, du légataire sur les biens de la succession (370). L'art. 2122 réserve aussi les hypothèques légales créées par les lois spéciales.

368) Marty et Raynaud, op. cit. no 244 p. 150.

369) Becqué, La réforme de la publicité foncière, no 40.

370) Nerson, La réforme de la publicité foncière, p. 152, litt. a). Becqué, La réforme de la publicité foncière no 34. Cette interprétation de la loi aujourd'hui incontestée était autrefois combattue par M. Esmein, cité par M. Nerson, op. cit. p. 152.

Ces hypothèques légales n'ont aucun effet avant leur inscription (371) et nous considérons pour notre part qu'elles ne sont elles aussi créées que par leur inscription. Elles sont des droits réels.

d – les hypothèques conventionnelles (et judiciaires)

Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être constituées que par acte authentique pour ce qui est du fond même de leur existence (art. 2127) et non seulement pour des questions de publicité comme le transfert de la propriété.

Les hypothèques conventionnelles prennent date à leur inscription par rapport aux autres hypothèques conventionnelles, légales ou judiciaires (le droit français ne connaît pas le système suisse et allemand dit des cases libres : art. 813 al. 2 CCS et paragraphe 881 al. 1 BGB).

Nous ne consacrerons pas une étude spéciale aux hypothèques judiciaires (art. 2123 C. civ.), car elles ne se distinguent des autres que par leur source.

e – Les privilèges mobiliers spéciaux :

La loi les énumère à l'art. 2102 C. civ. "L'énumération de l'art. 2102, à la différence de celle que nous donne l'art. 2101, n'est pas indicative de rang³⁷²⁾". Ces privilèges consistent en le droit de leur titulaire de se faire payer de préférence sur la réalisation d'une chose mobilière déterminée. Parmi eux se trouve le droit de gage constitué par le contrat de nantissement (ch. 2).

Certains de ces privilèges présupposent, du fait des conditions énoncées pour leur établissement, que leur titulaire soit saisi de la possession directe de la chose (par exemple : ch. 2, gage conventionnel, ch. 5 : droit de l'aubergiste sur les effets qui ont été transportés dans son auberge); d'autres ne sont pas liés à l'existence de cette possession (par exemple ch. 1 : droit du bailleur sur les fruits de la récolte de l'année). Quoi qu'il en soit, le privilège mobilier spécial n'est pas en principe fondé sur la possession de la chose par son titulaire, à l'exception du gage fondé sur le contrat de nantissement et spécialement réglé par les art. 2071 ss C. civ., particulièrement 2076.

Certaines dispositions légales donnent enfin à certaines personnes des droits de *réten*tion, c'est-à-dire de tenir la chose en leur possession jusqu'au paiement de la créance qu'ils ont contre leur propriétaire et de faire ainsi pression sur leur débiteur, mais sans leur attribuer un droit de préférence dans la réalisation de ces objets (par exemple droit de rétention du dépositaire art. 1948). La doctrine hésite à qualifier ce droit de droit réel: c'est là un problème important qu'il serait prématuré de traiter ici et nous renvoyons son étude à la partie préliminaire aux tests consacré à l'opposabilité aux tiers des privilèges mobiliers spéciaux (supra B, 1).

f – L'antichrèse:

L'antichrèse définie par l'art. 2072 C. civ. comme le nantissement des choses immobilières, n'a plus guère qu'une valeur historique à cause de la concurrence

371) Nerson, La réforme de la publicité foncière, ch. 2

372) Marty et Raynaud, op. cit. no 414, p. 255.

victorieuse que lui fait l'hypothèque 373). L'antichrèse se caractérise par un droit de son titulaire équivalent à celui du titulaire d'une hypothèque (suite et préférence) mais s'en distingue par le fait qu'elle lui confère la possession réelle et la jouissance de la chose. L'antichrèse est un droit réel immobilier qui doit être publié (art. 28 du décret du 4 janvier 1955) et qui prend date au jour de son inscription. Son opposabilité au tiers est donc celle des hypothèques : nous n'avons signalé ici l'antichrèse que pour mémoire.

g — les hypothèques mobilières :

Le droit français connaît des hypothèques sur un certain nombre de choses mobilières très individualisées, telle l'hypothèque maritime (loi no 67 — 5 du 3 janvier 1967), l'hypothèque aérienne (loi du 31 mai 1924).

h — conclusion :

Le rapide survol que nous venons de faire du système français, et qui n'en donne d'ailleurs qu'une image très incomplète, n'a bien sûr nullement la prétention d'avoir apporté une contribution scientifique nouvelle à l'étude de ce sujet dont des raisons historiques ont fait l'un des plus complexes du droit français. Nous avons seulement cherché à poser ici le cadre de nos expériences à venir.

C — Le droit suisse :

1. Sources :

En droit suisse, le domaine que nous avons appelé des sûretés, nous conformant par là à la terminologie française parce qu'elle seule donne du sujet une approche globale, est traité en partie dans la LP et en partie dans le CCS.

Nous avons déjà eu l'occasion de voir que la deuxième partie du IVème livre du CCS est consacrée aux "autres droits réels" de telle sorte que l'unité de nature des démembrements de la propriété et des sûretés réelles est affirmée contrairement à ce qui se passe en droit français. On peut, à cet égard, voir une contradiction dans la position du législateur suisse qui affirme cette unité de nature et d'autre part se rattache à la pensée de Jhering (cf. test no 3, c, c — 2, premier tiret) : on sait en effet que pour Jhering la nature du droit réel est de contenir la maîtrise directe de la chose, ce qui correspond aux démembrements de la propriété mais est contredit par la plupart des sûretés réelles. La position du législateur suisse est cependant justifiée par l'indépendance du droit réel qu'est la sûreté et de la créance qu'il garantit : remarquons à cet égard l'existence d'institutions comme la cédule hypothécaire et la lettre de rente.

2. Les privilèges généraux :

Les privilèges généraux sont en droit suisse du domaine de la LP, loi antérieure au code civil dont les objectifs sont essentiellement pratiques et qui ne

373) Marty et Raynaud, op. cit. no 107 p. 63.

s'est guère embarrassée de préoccupations scientifiques fondamentales. La LP de 1889, nous l'avons vu, visait à faciliter les relations commerciales inter-cantoniales auparavant bloquées par l'existence de vingt cinq procédures complexes dont chacune ne s'étendait qu'à un minuscule territoire : il s'agissait de créer un système unique d'exécution forcée (saisie et faillite) sans rien toucher, en principe, ni au droit de fond ni à la procédure jusqu'au niveau du jugement. La LP règle ainsi l'exécution forcée des dettes d'argent, soit lorsque ces dettes sont liquides, soit lorsqu'elles ont leur source dans un jugement rendu en application d'un droit et selon une procédure sur le fond de laquelle elle n'a aucune prise.

Il n'en reste pas moins que le sujet du droit de la faillite oblige le législateur qui le traite à traiter aussi la question des privilèges généraux puisqu'il doit régler l'hypothèse de la concurrence de multiples créances. A moins d'opter pour la solution qui consiste à considérer toutes les créances comme égales sans la moindre exception, le législateur du droit de la faillite est toujours amené à trancher ici un grave problème de fond.

Le législateur suisse de 1889 a réglé le problème d'une façon extrêmement simple et satisfaisante : la LP affirme la prédominance des sûretés réelles créées alors par le droit cantonal, tels l'hypothèque, le droit de gage ou le droit de rétention (le droit de rétention suppose toujours en droit suisse un privilège sur la réalisation de la chose retenue : art. 898 al. 1 CCS), les privilèges généraux ne concernent que la collocation des créances chirographaires entre elles (ainsi que la part des créances garanties par une sûreté non couverte par le gage). L'art. 219 al. 1 et 4 est ainsi rédigé :

“Les créanciers garantis par gage sont colloqués par préférence sur le produit des gages.

(...) Les créances non garanties ainsi que les créances garanties qui n'ont pas été couvertes par le gage, sont colloquées dans l'ordre suivant sur le produit des biens de la masse.”

Les créanciers titulaires de créances colloquées dans des classes privilégiées ne sont pas titulaires de droits réels : cela est évident puisque ces droits ne s'exercent pas sur une ou des choses déterminées ; la nature de la LP permet de ne pas même envisager cette hypothèse.

3. Les sûretés réelles du CCS :

Quant aux sûretés immobilières, le CCS de 1912 ne connaît que l'hypothèque (avec possibilité de création de cédulas hypothécaires et la lettre de rente). Les sûretés mobilières sont le nantissement et le droit de rétention que la loi traite dans un même chapitre. Le droit de rétention en droit suisse suppose toujours un privilège dans la réalisation de l'objet retenu. L'inscription des droits mobiliers et le transfert de la possession des meubles est constitutive du droit réel.

Si l'on s'en tient à la terminologie du code, on peut tout d'abord penser que le droit suisse ignore ce que l'on appelle en droit français les privilèges immobiliers spéciaux. Trois droits désignés improprement par le code sous l'appellation d'hypothèques légales sont en fait des privilèges immobiliers spéciaux. Il s'agit tout d'abord des hypothèques légales créées par le droit public cantonal et garan-

tissant les obligations générales imposées aux propriétaires (art. 836). Ces "hypothèques" sont valables sans inscription et sont préférées à toutes les autres si le droit cantonal en décide ainsi ³⁷⁴).

Il est bien évident qu'un tel droit n'entre pas dans ce que le droit suisse définit comme une hypothèque (qu'elle soit légale : art. 837 CCS, ou conventionnelle). Outre qu'il est dispensé de toute inscription, il passe avant tous les autres gages immobiliers, ce qui est justement la caractéristique des privilèges, et son montant est indéterminé.

Un second privilège du même type est défini par les art. 808 al. 3 et 810 al. 2 CCS, sans que référence ne soit faite à ces droits par les art. 836 et suivants qui énumèrent les hypothèques légales. Les articles 808 et 810 se trouvent au chapitre des dispositions générales du gage immobilier; le texte de l'art. 808, dont le titre marginal est "sûretés", parle simplement de gage. L'hypothèse qu'envisage le législateur suisse est celle où un immeuble grevé de gages diminue de valeur, soit par le fait de son propriétaire (art. 808), soit sans sa faute (art. 810). La loi autorise dans ce cas, et à certaines conditions, le créancier hypothécaire à prendre lui-même les mesures propres à empêcher la détérioration de l'immeuble.

Dans l'hypothèse de l'art. 808, où le propriétaire lui-même diminue la valeur de l'immeuble: "les frais lui (au créancier hypothécaire) sont dûs par le propriétaire et le remboursement en est garanti, sans inscription au registre foncier, par un droit de gage qui prime les charges inscrites sur l'immeuble".

Dans l'hypothèse de l'art. 810, où la diminution de valeur de l'immeuble intervient sans la faute de son propriétaire, "le créancier est autorisé à prendre des mesures pour parer aux dépréciations ou pour les empêcher; les frais lui sont garantis, *préférentiellement* à toutes charges inscrites, par l'immeuble même, sans inscription au registre foncier, mais le propriétaire n'en est pas tenu personnellement".

Le terme de *charges* qu'emploie les deux dispositions légales est particulièrement malheureux en cela qu'il est celui que la loi emploie également dans les art. 782 à 792 CCS pour désigner les droits qui assujettissent (art. 782 al. 1) ... "envers un tiers le propriétaire actuel d'un fonds à certaines prestations pour lesquelles il n'est tenu que sur son immeuble". Dans la classification française que nous avons choisie, les charges foncières sont des démembrements de la propriété et non des sûretés. Les charges dont parlent les art. 808 et 810 s'entendent dans un sens beaucoup plus large et englobent les droits de gage immobiliers. A cet égard, le texte allemand du CCS est parfaitement clair qui parle de *Grundlasten* dans les art. 892 ss et de *Belastung* dans les art. 808 et 810.

Le troisième privilège immobilier spécial du droit suisse est celui des artisans et entrepreneurs (art. 839 à 841 CCS). Comme dans l'art. 836, la loi parle d'hypothèque légale, mais le titre marginal de l'art. 841 qui fixe son rang par rapport aux autres hypothèques porte le titre marginal de "*privilège*". La mise en oeuvre de ce privilège se réalise selon une procédure assez complexe qu'il est inutile de présenter ici: nous renvoyons la question au test que nous consacrerons à l'étude de ce droit.

374) Leemann, n. 15 ad art. 836 CCS. ATF 85 I 32.

D – Le droit allemand :

1. Les privilèges généraux :

Nous avons déjà eu l'occasion de voir que le développement du droit allemand, quoique très différent par son contenu, a été très parallèle à celui du droit suisse dans le domaine du droit des sûretés (deuxième sous-section, I, A). Il est contenu en partie dans l'ordonnance sur la faillite (KO) de 1877 et en partie, pour ce qui est des droits réels sûretés, dans le BGB de 1900.

Les privilèges généraux appartiennent aux droits de la faillite. Les titulaires de droits réels sûreté voient leur droit préféré par le jeu de l'action en séparation (Aussonderungsanspruch) des paragraphes 43 à 46 KO (cf. test no 16) parce que, selon la théorie de l'affectation, la valeur de la chose fait alors partie du patrimoine du titulaire de ce droit réel 375).

Sur le fond, la solution est donc identique à celle du droit suisse. Les créances chirographaires dont le failli est débiteur sont ensuite colloquées dans un ordre prévu par les paragraphes 61 et 62 KO. Ajoutons que ces créances se voient préférer les dettes de la masse et les frais d'administration de cette masse (paragraphes 57 à 60 KO). Aucune des créances ainsi privilégiées n'est un droit réel faute de s'exercer sur une ou des choses déterminées.

2. Les sûretés réelles du BGB :

a – les sûretés immobilières :

Le droit allemand connaît l'hypothèque ainsi que deux institutions voisines qui ne s'en distinguent que par quelques règles spéciales (paragraphe 1192 BGB) la dette foncière (Grundschuld) et la rente foncière (Rentenschuld). Nous ne nous attarderons pas sur ces deux institutions particulières.

Les hypothèques du BGB sont conventionnelles ou légales. Elles naissent toutes comme droit réel du fait de leur inscription au registre foncier et prennent date au jour de cette inscription (c'est le cas de l'hypothèque légale de l'entrepreneur : paragraphe 648 BGB). *Le droit allemand ne connaît donc pas de privilèges immobiliers spéciaux*, c'est-à-dire de droits qui soient préférés aux autres droits réels indépendamment de la date de leur inscription.

Comme celle du droit suisse, l'hypothèque du droit allemand est en principe indépendante de la créance qu'elle garantit, mais le système hypothécaire allemand est infiniment plus souple et complet, et il convient que nous en disions ici quelques mots. Tout d'abord, la délivrance d'une cédula hypothécaire est en principe la règle pour toute hypothèque (paragraphe 1116 al. 1 BGB), ce qui marque particulièrement bien l'indépendance de l'hypothèque, mais les parties peuvent déroger à cette règle (al. 2). L'hypothèque est inscrite pour un montant déterminé et de caractère abstrait (paragraphe 1113).

Les parties peuvent donner à l'hypothèque, qu'elle soit conventionnelle ou légale, une autre forme, celle de l'hypothèque de garantie (Sicherungshypothek : paragraphe 1184). Dans ce cas, l'hypothèque est dépendante de la créance.

375) Böhle – Stamschräder, Konkursordnung, n. 5 ad paragraphe 43.

Le montant qu'elle garantit est incertain et dépend du montant de la créance elle-même; l'inscription de cette hypothèque doit indiquer son caractère de garantie (paragraphe 1184 al. 2), ce qui est absolument indispensable à la sécurité des tiers. Il est bien évident qu'aucune cédula ne peut être délivrée pour de telles hypothèques (paragraphe 1185). La doctrine allemande voit généralement dans l'hypothèque de garantie la survivance de l'ancien système hypothécaire du droit commun caractérisé justement par la dépendance de la créance et de la sûreté qui la garantissait 376).

Le système allemand crée enfin une troisième forme de l'hypothèque intermédiaire entre l'hypothèque ordinaire et celle de garantie: *l'hypothèque à montant maximal* (Höchstbetragshypothek, paragraphe 1190). Il s'agit, quant à son principe, d'une hypothèque de garantie, c'est-à-dire liée à la créance qui détermine son montant mais dont le montant maximal qu'elle garantit est inscrit au registre foncier; ce qui a bien sûr pour effet de rendre le crédit du débiteur de la dette hypothécaire meilleur que si l'hypothèque était une hypothèque de garantie simple.

b — les sûretés mobilières:

Les sûretés mobilières allemandes (paragraphe 1204 à 1258 BGB) sont liées à la remise de la possession immédiate de la chose au créancier. Le gage mobilier naît soit de la convention, soit de la loi: pour cette dernière hypothèse, le paragraphe 1257 renvoie à la disposition sur le gage conventionnel.

Il convient de noter enfin que le droit allemand connaît quelques hypothèques mobilières, telle l'hypothèque maritime créée par la loi du 15 novembre 1940.

II — Partie spéciale :

A — Droit immobilier :

1. L'opposabilité aux tiers des privilèges immobiliers spéciaux

a — l'opposabilité aux tiers des privilèges immobiliers spéciaux du droit français après leur inscription prise en temps utile

Test no 34

Ces privilèges nous le savons (supra I, 3, b) sont énumérés à l'art. 2103 C. civ. (privilège du vendeur d'immeuble, des copartageants, des architectes et entrepreneurs, etc.). Pour MM. Marty et Raynaud, ces privilèges

... "s'expliquent par l'idée que le créancier a mis une valeur dans le patrimoine du débiteur et qu'il est normal que, sur cette valeur, il soit préféré aux autres créanciers" 377).

376) Staudinger, n. 5a ad paragraphe 1184 BGB.

377) Marty et Raynaud, Droit civil, les Biens, no 244 p. 150.

Nous avons également étudié les conditions strictes posées par la loi pour la naissance effective de ces privilèges à savoir leur inscription dans un délai légalement déterminé à peine de quoi, tout en subsistant, ils dégèrent en hypothèques. Nous avons pour notre part refusé, malgré le poids de la tradition française, d'admettre l'existence de ces droits comme droits réels avant leur inscription, laquelle est donc constitutive. Le droit de faire inscrire les privilèges immobiliers spéciaux est un *ius ad rem*. Nous avons justifié notre position par un argument épistémologique, celui en fonction duquel nul droit qui n'a absolument aucun effet ne peut être tenu pour existant faute d'être perceptible à la raison humaine. Cet argument est de plus renforcé par l'existence du délai d'inscription à l'échéance duquel la nature du droit qui peut être inscrit se modifie. Notre position nous amène à ne traiter de l'opposabilité aux tiers des privilèges immobiliers spéciaux du droit français qu'après leur inscription intervenue en temps utile.

Si l'on analyse l'opposabilité aux tiers des privilèges immobiliers spéciaux selon le schéma pragmatique fondé sur les notions de droit de suite et de droit de préférence, schéma particulièrement commode, nous l'avons vu, avec le droit des sûretés, on doit constater ceci :

le droit de suite des privilèges inscrits ne pose aucun problème particulier et existe de toute évidence. Quant au droit de préférence, second aspect de l'opposabilité aux tiers, on constate qu'il existe dans tous les cas même contre les droits antérieurement créés. L'opposabilité aux tiers du privilège immobilier spécial est donc absolue.

Une exception doit être cependant notée, celle où deux privilèges spéciaux sont en conflit (par exemple celui du vendeur d'immeuble et celui des architectes et entrepreneurs). L'ordre de ces privilèges est celui qu'établit la loi, ce qui ressort de la technique employée également pour l'énumération des autres sûretés (cf. art. 2101 378, 212 etc.). (Dans notre exemple, c'est le privilège du vendeur qui passe avant celui des architectes et entrepreneurs). Nous pensons, pour notre part, que l'hypothèse du conflit de deux privilèges immobiliers spéciaux de rang différent falsifie notre règle pour ce qui est du privilège inférieur qui existe bien et n'est pas opposable au titulaire du privilège de rang préférable. C'est là un point d'une extrême importance que nous ne faisons ici que signaler et que nous développerons à propos de l'opposabilité aux tiers des hypothèques. Pour l'heure, nous pouvons négliger cette hypothèse du conflit de deux privilèges immobiliers spéciaux et conclure à l'opposabilité aux tiers absolue des droits réels de ce type.

b – *l'opposabilité aux tiers du droit improprement dit d'hypothèque légale du droit cantonal (art. 836 CCS)*

Test no 35

b – 1 : énoncé pour l'art. 836 CCS

L'art. 836 CCS est ainsi rédigé : "Les hypothèques légales créées par les lois cantonales pour des créances dérivant du droit public ou des obligations géné-

378) Marty et Raynaud, op. cit. no 141, p. 83 – 84.

rales imposées aux propriétaires sont, sauf disposition contraire, valable sans inscription”.

Cette disposition crée ainsi un droit réel limité immobilier qui naît de la loi, c'est-à-dire en dehors des principes habituels du droit suisse qui fait naître tout droit immobilier de son inscription au registre foncier (art. 942 al. 1 et 972 al. 1 CCS).

Le mot *valable* employé dans l'art. 836 est pourtant ambigu. Signifie-t-il seulement *existants* ou au contraire *existants et opposables aux tiers*. Cette opposabilité s'entend à la fois du *droit de préférence* par rapport aux autres droits réels sûretés et du *droit de suite* de l'immeuble entre les mains d'un quelconque acquéreur de cet immeuble.

b – 2 : droit de préférence :

Pour ce qui est du droit de préférence, si l'on adoptait la solution d'une hypothèque existant sans inscription mais opposable aux tiers seulement du fait de l'inscription, on serait ramené au système de l'art. 747 (test no 30) que le code a adopté pour les usufruits légaux. La structure du code, particulièrement les titres marginaux de ses articles qui opposent les hypothèques légales *avec inscription* (celles de l'art. 838 qui confèrent une créance réelle en inscription à leur titulaire légal) aux hypothèques légales *sans inscription* (celle de l'art. 836) amène naturellement à pencher pour la solution contraire : les hypothèques légales du droit cantonal existent et sont opposables à tous les tiers du seul fait de la loi sans inscription. Comme nous avons eu l'occasion de l'entrevoir plus haut (supra I, C, 3), c'est l'avis de Leemann³⁷⁹). C'est également celui qu'a adopté le Tribunal fédéral dans son arrêt *Teno AG et City-Umbau AG contre ville de Zurich* du 18 février 1959³⁸⁰). En bref, il s'agissait de l'affaire suivante : le canton de Zurich avait institué par la voie législative une hypothèque légale (naturellement de premier rang) en garantie de *l'impôt communal sur les bénéfices immobiliers*. Les deux entreprises Teno AG et City Umbau AG avaient, quant à elles, acquis contractuellement des cédules hypothécaires de premier rang inscrites comme telles au registre foncier. Elles contestèrent le droit de la ville de Zurich à son hypothèque de premier rang non inscrite, qui, bien sûr, faisait reculer leurs cédules.

“L'art. 836 réserve les hypothèques légales créées par les lois cantonales pour les créances dérivant du droit public et cela en admettant que ces lois fixeront le rang de ces garanties et pourront même leur donner la préférence. Le rang assigné à une hypothèque lors de sa constitution par le propriétaire foncier ne lui est par conséquent pas attribué sans condition; il n'est accordé que sous réserve des hypothèques légales, notamment des garanties créées par le droit public cantonal et cela même de celles que ce droit institue après l'inscription des gages contractuels. L'art. 836 impose seulement aux garanties cantonales le type de l'hypothèque du CCS et exige un rapport de la créance avec le fonds grevé; il ne restreint la compétence cantonale ni quant au montant de la créance ni quant au rang de la garantie”³⁸¹).

Malgré ce que semble dire le Tribunal fédéral, nous voyons mal pour notre part ce que pourrait être, et ce à quoi servirait une hypothèque légale créée par

³⁷⁹) Leemann, n. 15 ad art. 836 CCS.

³⁸⁰) ATF 85 I 32.

³⁸¹) trad. de l'ATF cité dans JT 1959 I p. 383-384.

le droit cantonal et qui ne serait pas de premier rang, à moins que l'on imagine un système fort compliqué qui instituerait une "case libre" de premier rang pour une valeur déterminée d'avance par la loi et qui pourrait être variable en fonction de la valeur estimée de l'immeuble. Sous son aspect de droit de préférence, l'opposabilité aux tiers du droit d'hypothèque légale de l'art. 836 CCS a donc un caractère tout à fait absolu. Ce droit est préféré à toutes les autres sûretés réelles même à celles qui ont pris naissance avant lui. C'est pour cela que nous avons choisi de parler d'un privilège immobilier spécial plutôt que d'une hypothèque légale.

b — 3 : droit de suite :

A notre connaissance, la doctrine suisse ne s'est jamais posé la question de l'existence d'un droit de suite en faveur du titulaire de droit public du privilège défini à l'art. 836 CCS. Lorsque l'immeuble grevé est vendu à une tierce personne, le droit suit-il l'immeuble ?

La doctrine n'a jamais soulevé la question, avons-nous dit ; cela s'explique en bonne partie par le fait que la réponse négative lui a sans doute semblé évidente. Certes l'art. 836 est exorbitant du système suisse du registre foncier, mais il ne fait pas obstacle aux principes de l'art. 942 al. 1. Il constitue une règle réglant des rapports entre les créanciers hypothécaires : il n'y a aucune raison de lui permettre d'étendre ses effets aux autres domaines du droit immobilier : les exceptions en droit s'interprètent restrictivement.

Sous l'aspect du droit de suite, le privilège défini par l'art. 836 CCS est donc inopposable aux tiers, mais cette inopposabilité s'entend au sens secondaire et dérivé : le transfert de la propriété à un tiers fait cesser l'existence du privilège et non seulement son opposabilité aux tiers. Notre règle n'est pas falsifiée.

c — *l'opposabilité aux tiers du droit réel découlant des art. 808 al. 3 et 810 al. 2 CCS*

Test no 36

Le privilège des art. 808 et 810, que nous avons étudié d'une façon détaillée dans la partie générale de cette section (supra C, 3), présente les mêmes caractéristiques que celui de l'art. 836. Pour ce qui est du droit de préférence, qui nous intéresse principalement, sa caractéristique est d'être absolu et de permettre à ce droit d'être préféré à tous les autres droits réels inscrits. Il n'y a pas lieu de revenir ici sur le sujet.

La doctrine traite longuement de cette particularité du droit d'être préféré aux autres dans l'exécution forcée³⁸², mais elle n'aborde jamais la question du droit de suite. La naissance de cette sûreté du fait de la loi augmente les gages qui pèsent sur l'immeuble d'où la question qui consiste à se demander si l'acquéreur de l'immeuble peut se voir opposer le droit découlant des art. 808 et 810 CCS.

382) Leemann, n. 44 à 47 ad art. 808 CCS.

Il convient tout d'abord de remarquer que le titulaire de ce droit possède déjà un gage sur l'immeuble, lequel se trouve inscrit (laissons de côté le cas où il s'agirait du titulaire de droit public du privilège de l'art. 836), mais cela n'a pas d'influence directe sur la solution de notre question puisque ce gage est inscrit pour la garantie d'une créance dont le montant est déterminé. On peut dire également que la rédaction de l'art. 808, et plus encore celle de l'art. 810 qui n'emploie pas le mot gage et se contente de parler de "frais garantis préférablement", est visiblement une norme destinée seulement à régler les conflits opposant les titulaires de sûretés réelles entre eux. On peut dire enfin, reprenant l'argument que nous avons nous-même employé dans le précédent test, qu'il n'y a aucune raison d'introduire une nouvelle dérogation au principe de la foi publique attachée au registre foncier (art. 942 al. 1).

Nous pensons pouvoir prendre ici le contrepied de ces arguments pour les motifs suivants. Le créancier hypothécaire qui a pris à ses frais des mesures visant à empêcher la diminution de valeur de l'immeuble a contribué à sauvegarder le bien dont le tiers a acquis la propriété : nous sommes assez près de ce que le droit suisse des obligations appelle la gestion d'affaire (cf. art. 422 CO), qui est une *source d'obligation* pour le propriétaire de la chose ainsi gérée sans mandat 383). C'est cette idée que l'on retrouve dans le privilège (ou hypothèque légale) de l'entrepreneur que connaît, comme nous l'avons déjà vu, chacun des trois droits qui nous servent ici de référence (art. 839 ss CCS; art. 2103 ch. 4 C. civ.; paragraphe 648 BGB).

Ces privilèges, comme l'écrivent MM Marty et Raynaud dans un passage que nous avons déjà cité, "s'expliquent par l'idée que le créancier a mis une valeur dans le patrimoine du débiteur et qu'il est normal que, sur cette valeur, il soit préféré aux autres créanciers" 384). (Disons à quiconque en bénéficie). C'est en se basant sur cet argument que la jurisprudence suisse a décidé que la créance de l'entrepreneur en inscription de son hypothèque légale était opposable aux tiers acquéreur de mauvaise foi de la propriété de l'immeuble 385) (*ius ad rem*), ce qui implique l'exclusion de l'argument fondé sur la foi publique du registre foncier. En pratique, étant donné le caractère récent de la construction ou de la réparation, la bonne foi de l'acquéreur est exceptionnelle. (Nous reprendrons cette question d'une façon détaillée dans la section consacrée à l'opposabilité aux tiers des créances réelles).

Pour l'heure, nous proposons d'adopter la même solution pour le droit réel des art. 808 et 810 CCS. Contrairement au droit réel défini à l'art. 836, celui-là bénéficie ainsi du droit de suite du moins contre les tiers de mauvaise foi. L'inopposabilité aux tiers de bonne foi s'entend bien sûr au sens secondaire et dérivé.

d – l'opposabilité aux tiers de l'hypothèque légale privilégiée des artisans et entrepreneurs en droit suisse après son inscription (art. 841 CCS)

Test no 37

d – 1 : remarques préalables :

383) Engel, Traité des obligations en droit suisse, no 20 p. 72.

384) Marty et Raynaud, Droit civil, les Biens, no. 244 p. 150.

385) arrêt Robusti du 24 novembre 1966 (ATF 92 II 227).

Nous aborderons ici le sujet de l'opposabilité aux tiers de l'hypothèque légale privilégiée des artisans et entrepreneurs que pour l'état de ce droit après son inscription au registre foncier. Le droit de requérir cette inscription n'est pas un droit réel mais un *ius ad rem* dont nous traiterons dans la quatrième section de notre étude.

La loi fédérale du 19 mars 1965 386) révisant les dispositions du CCS et du CO sur le droit de superficie et le transfert des immeubles a introduit une hypothèque légale portant sur le droit de superficie en faveur du propriétaire du fonds (art. 779 i et 779 k nouveaux CCS). L'art. 779 k statue que :

"les dispositions relatives à la *constitution* de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs s'appliquent par analogie" à cette hypothèque. (Le terme de constitution s'entend ici dans un sens large et ne se rapporte pas seulement à son mode d'inscription mais aussi de ses effets ultérieurs à l'égard des autres créanciers hypothécaires, ce qui ressort indiscutablement de la structure de la loi). Nous pouvons donc nous contenter de signaler l'existence de cette hypothèque sans nous y attacher plus.

d – 2 : droit de préférence : mise en oeuvre spéciale du privilège des artisans et entrepreneurs

Les privilèges immobiliers spéciaux que nous avons rencontrés jusqu'à maintenant se caractérisent par le droit de préférence dont ils bénéficient par rapport aux autres sûretés réelles inscrites, indépendamment de leur date d'inscription : un privilège est en principe toujours de premier rang.

La nature du droit réel des artisans et entrepreneurs est quelque peu différente et le législateur suisse a fait preuve de subtilité dans sa mise en oeuvre : ce droit n'est pas nécessairement de premier rang et il prend place initialement au rang que lui impartit sa date d'inscription (en cela il est une hypothèque et non un privilège immobilier spécial). Mais l'art. 841 al. 1 CCS dispose :

"Si les artisans et entrepreneurs subissent une perte lors de la résiliation de leurs gages, les créanciers de rang antérieur les indemnisent sur leur propre part de collocation, déduction faite de la valeur du sol, dans la mesure où ces créanciers pouvaient reconnaître que la constitution de leurs gages porterait préjudice aux artisans et entrepreneurs."

Ainsi, sur le plan théorique, lors de la réalisation de l'immeuble, on commence par répartir les deniers en considérant le droit des artisans et entrepreneurs comme une hypothèque dont le rang est déterminé par sa date d'inscription. Dans un deuxième temps, les artisans et entrepreneurs peuvent se retourner contre les créanciers hypothécaires qui ont été indemnisés à un rang préférable en faisant état du privilège lié à l'hypothèque des artisans et entrepreneurs. Pour pouvoir se faire indemniser par ces créanciers, les artisans et entrepreneurs doivent prouver qu'ils ont subi une perte du fait de l'existence des droits des autres créanciers. Ils doivent aussi prouver que ces créanciers pouvaient reconnaître que la constitution de leurs gages leur porterait préjudice. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser cette notion dans l'arrêt Bonomo et Walder – Meyer c. Spar und Leihkasse Schmerikon 387).

386) ROLF 1965, 449.

387) ATF 86 II 145.

Selon eux (les artisans et entrepreneurs de l'affaire), l'étendue du droit à indemnisation est déterminée objectivement par la seule condition de la perte subie lors de la réalisation de l'immeuble, l'autre condition, exigée en outre par la Cour cantonale, que la constitution des gages de rang antérieur devait porter préjudice aux artisans et entrepreneurs n'intervenant que dans l'examen des conditions subjectives, celles de la possibilité de reconnaître l'éventualité d'un préjudice.

En raisonnant ainsi, les recourants font abstraction du texte et du sens parfaitement clairs de l'art. 841 CC. La loi exprime sans aucune équivoque l'idée que le droit des artisans et entrepreneurs à être indemnisés suppose non seulement qu'ils ont subi une perte lors de la réalisation mais encore – comme condition objective – que cette perte est le résultat de la constitution d'un droit de gage de rang antérieur sur l'immeuble. La condition subjective consiste uniquement en ceci que le préjudice causé aux artisans et entrepreneurs – objectivement constaté – était reconnaissable pour le créancier au moment de la constitution de son gage 388).

Le TF ne va donc pas jusqu'à exiger la faute, c'est-à-dire la mauvaise foi des autres créanciers, mais seulement une situation objectivement reconnaissable par eux comme devant amener à un préjudice pour les artisans et entrepreneurs (cas du surendettement hypothécaire).

Lorsque toutes les conditions ainsi définies sont remplies, il se produit une dissociation dans les éléments du droit réel des artisans et entrepreneurs entre ce qui en lui est un privilège, et qui porte uniquement sur la *valeur de la construction* (parce que c'est cette partie de la valeur que les artisans et entrepreneurs ont contribué à constituer) et ce qui n'est qu'une hypothèque, et qui porte également sur le terrain.

Sous son aspect de privilège portant sur la valeur des constructions, le droit des artisans et entrepreneurs est opposable à tous les créanciers (droit de préférence). Le droit de suite lié à ce privilège ne pose pas de véritable problème puisqu'il découle du principe de la foi publique attachée aux inscriptions du registre foncier.

2. L'opposabilité aux tiers des hypothèques conventionnelles

a – *l'opposabilité aux tiers des hypothèques conventionnelles en général dans les trois droits*

Test no 38

Dans les trois droits qui nous servent de référence, les hypothèques conventionnelles prennent en principe rang à leur date d'inscription; les droits allemand et suisse, par le système des cases hypothécaires, permettent de créer des hypothèques à des rangs qui ne dépendent pas de cette date par la réservation de cases libres d'un montant déterminé de rang préférable pour des hypothèques à créer dans le futur (art. 2134 C. civ., art. 1113 CCS, paragraphe 881 BGB).

Le problème du droit de suite des hypothèques conventionnelles ne se pose pas sérieusement, ces hypothèques n'ayant d'effet réel, dans chacun des trois pays qui nous occupent, que par leur inscription.

388) arrêt précité, traduction JT 1961 – I – 89.

C'est en ce qui concerne le droit de préférence attaché à l'hypothèque que le résultat du test est intéressant pour nous; et notre étude antérieure de l'opposabilité aux tiers de quatre privilèges immobiliers spéciaux (tests no 34 à 37) a préparé la présentation du résultat de la présente expérience. A qui l'hypothèque conventionnelle est-elle opposable ? (c'est-à-dire à quel autre droit de nature analogue est-elle préférée ?). Elle n'est opposable qu'aux hypothèques de rang inférieur et se trouve inopposable tant aux titulaires de privilèges immobiliers spéciaux qu'aux titulaires d'hypothèques de rang préférable. C'est là sans doute l'une des plus banale constatation qu'il soit donné à un juriste de faire; cela ressort des textes de loi et de la logique même de tout système hypothécaire.

L'inopposabilité aux tiers des hypothèques de rang inférieur s'entend de toute évidence au sens propre, puisque le droit réel existe et n'a pas d'effet contre certains tiers, ces tiers étant un nombre très déterminé de personnes qui ne représentent potentiellement ni l'universalité des sujets de droit ni une partie de cette universalité. Nous devons tenir notre règle pour falsifiée.

Une telle solution heurte profondément les conceptions juridiques habituelles : nous en convenons volontiers, et l'on est tout naturellement porté à chercher des arguments propres à réfuter cette démonstration. On peut notamment dire que cette inopposabilité aux tiers de l'hypothèque aux privilèges immobiliers spéciaux et aux autres hypothèques de rang préférable tient au contenu du droit dès sa naissance : celui qui prend une hypothèque de deuxième rang sait que le contenu de son droit est de garantir sa créance à un rang prédéterminé. Outre que cet argument n'est guère convaincant pour ce qui est de l'inopposabilité aux tiers de cette hypothèque aux éventuels privilèges immobiliers spéciaux dont on ne peut savoir par avance s'ils prendront naissance, cela ne change pas grand chose que l'inopposabilité aux tiers de l'hypothèque tienne au contenu initial du droit. Quoiqu'il en soit, ce droit est un droit réel, et il se trouve qu'on le constate inopposable à certains tiers.

On remarque alors, et c'est là un point fondamental de l'ensemble de notre réflexion, que *l'opposabilité aux tiers est non pas un élément caractéristique du privilège et de l'hypothèque comme droits réels mais une caractéristique permettant de distinguer divers droits réels entre eux : c'est là le propre du droit des sûretés réelles*. Comme l'écrit M. Donnier ³⁸⁹), les privilèges immobiliers spéciaux ne sont en fait que des hypothèques privilégiées (cela est si vrai pour le législateur suisse qu'il se refuse à distinguer ces deux types de droits). Ce qui permet pourtant de les distinguer, c'est seulement le critère de l'opposabilité aux tiers.

En dernier lieu, il convient d'ajouter que les raisons épistémologiques maintes fois exposées dans la présente étude nous amènent à refuser l'opinion selon laquelle les hypothèques de rang inférieur sont inexistantes par rapport à celles de rang supérieur et aux privilèges immobiliers spéciaux : l'existence ne se conçoit que dans l'absolu, mais cette existence peut ne pas avoir d'effet à l'égard de certaines personnes, c'est justement, lorsque l'on parle d'un droit subjectif ce qui s'appelle son inopposabilité aux tiers.

389) Donnier, Privilèges, commentaire ad art. 2095, fasc. B, n. 44.

Test no 39

b — 1 : résultat formel :

La loi française de 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens dispose à son article 29 ch. 6 que "sont inopposables à la masse lorsqu'ils ont été faits par le débiteur depuis la date de cessation des paiements les actes suivants (. . .)

6. Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement constitué sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées".

La loi parle ici d'inopposabilité aux tiers de droits réels d'hypothèque, or on sait à quel point l'expression est employée par les législateurs dans des sens divers qui ne correspondent nullement au sens propre que nous avons pour notre part retenu de l'expression : avons-nous vraiment affaire ici à des hypothèques inopposables aux tiers au sens propre de l'expression ? On peut tout d'abord hésiter quant à la réponse à donner à cette question. N'est-il pas plus exact de dire que ces hypothèques ainsi consenties après l'ouverture de la procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens sont simplement nulles ? Cela aurait pour effet de créer un cas d'inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé par disparition du droit. Nous savons qu'une telle situation ne pourrait être reconnue que dans la mesure où l'on parviendrait à établir que les hypothèques en question n'ont absolument plus aucun effet même potentiel perceptible par la raison humaine. Tel n'est pas le cas, et cela suffit à prouver leur existence. Il est en effet possible de percevoir un effet, potentiel en l'espèce, de ce droit en tenant le même raisonnement que Mme Soinne-Barrat et M. Delaplace³⁹⁰) emploient à propos de la situation du droit du propriétaire mobilier dans le règlement judiciaire se rapportant au patrimoine d'une autre personne après l'écoulement du délai légal d'un an (art. 59 de la loi de 1967 auquel nous avons consacré le test no 19). Dans le présent cas comme dans le précité, on peut dire que :

"Le droit (. . .) n'est pas pour autant perdu. Il est simplement inopposable à la masse. (. . .) car la clôture pour extinction du passif, entraînant la disparition de la masse et des droits dont elle était titulaire, doit permettre au propriétaire d'exercer à nouveau son action³⁹¹).

(Disons ici simplement d'exercer son droit).

L'hypothèse est celle où, conformément à l'art. 93 de la loi de 1967, la procédure s'achève (ce qui est extrêmement rare en pratique) par un jugement de clôture pour extinction du passif, sans qu'on ait eu à réaliser l'immeuble hypothéqué. Les hypothèques par ailleurs inopposables à la masse sont opposables à nouveau particulièrement à ceux qui auraient eux-même constitué des hypothèques ultérieurement. Il s'agit bien d'un cas d'inopposabilité aux tiers

390) Soinne-Barrat et Delaplace, *Le délai prévu par la loi du 13 juillet 1967 pour l'exercice de l'action en revendication en matière de règlement judiciaire et de liquidation des biens*.

391) Soinne-Barrat et Delaplace, *op. cit.* p. 146.

au sens propre où les tiers ne sont représentés que par la masse en faillite. Notre règle est falsifiée.

b – 2 : approfondissement de ce cas d'inopposabilité aux tiers au sens propre d'un droit réel :

Cette inopposabilité aux tiers peut s'analyser à la fois comme une absence du droit de préférence et une absence du droit de suite, ce dernier aspect n'ayant d'ailleurs qu'assez peu d'intérêt puisque l'immeuble ne peut passer dans le patrimoine d'un tiers qu'au moment de sa réalisation qui, si elle intervient, fait cesser les droits qui nous occupent ici.

Cette inopposabilité n'est cependant pas ici liée à la notion de rang des droits comme c'est le cas habituellement lorsque l'on parle d'inopposabilité aux tiers de sûretés réelles (cf. test no 38).

Notons enfin que, de toute évidence, l'inopposabilité aux tiers de ces hypothèques a un fondement paulien.

B – Droit mobilier : l'opposabilité aux tiers des privilèges mobiliers spéciaux

1. Approche générale préliminaire :

a – *double aspect initial de la notion de sûreté réelle : privilège ou droit de rétention :*

Les réalités nécessaires de la vie juridique mettent tout législateur devant une double conception possible des sûretés mobilières, c'est-à-dire des droits que les créanciers peuvent avoir sur les biens mobiliers ou par rapport à ces biens de leur débiteur.

Tout d'abord ces sûretés peuvent être des privilèges, c'est-à-dire le droit du créancier de voir le paiement de sa créance préféré sur le montant de la réalisation d'une chose mobilière déterminée. Quant à son fondement, le privilège mobilier ne diffère guère du privilège immobilier. Ce privilège peut découler soit de la volonté des parties, soit de la loi; il peut, dans les deux cas, soit être lié à la prise de possession de la chose par le titulaire du privilège soit exister indépendamment de cette possession.

La seconde conception de la sûreté réelle mobilière est un reste de la justice privée³⁹²). Elle est la consécration légale du principe en vertu duquel le créancier peut se saisir d'une chose appartenant à son débiteur et faire pression sur lui en la retenant jusqu'à ce qu'il ait exécuté son obligation. La prise de possession de la chose par le créancier, moyen de pression avons-nous dit, ne vise donc évidemment *a priori* ni à permettre de couvrir la dette ni à donner par elle-même satisfaction au créancier³⁹³). C'est là ce qu'il est convenu d'appeler le droit de rétention.

³⁹²) Catala – Franjou, De la nature juridique du droit de rétention no 1, p. 10.

³⁹³) Staudinger, n. 24 ad paragraphe 273 BGB.

Fondé à prolonger son emprise sur un bien qui ne lui appartient pas, le créancier trouve dans cette faculté un moyen de contrainte pour amener son débiteur à Canossa. Par la pression psychologique ou économique exercée, la rétention joue le rôle d'une voie d'exécution privée, dont l'élégance est peut-être contestable mais guère l'efficacité³⁹⁴).

Lorsqu'on se trouve dans un système de droit sorti de la primitivité, il semble nécessaire que ce droit de s'emparer de sa propre autorité de choses appartenant à autrui soit précisément réglementer par la loi. Certains auteurs modernes, tel Bonnecase, pensent pourtant que ce droit de retenir la chose d'autrui en garantie est si naturel qu'il devrait être reconnu indépendamment de toute base légale dès que "le titulaire d'une créance a sous sa maîtrise une chose appartenant à son débiteur, sous réserve d'un texte contraire ou d'un fait illicite du rétenteur"³⁹⁵). Mais il est *a priori* évident que ce droit de rétention, droit de retenir la chose "en otage", ne donne aucun privilège sur la réalisation éventuelle de cette chose, à moins que le droit de rétention ne coïncide fortuitement avec un droit de préférence (cette coïncidence existe dans tous les systèmes juridiques qui connaissent le *nantissement*).

On doit alors tout naturellement se demander si le droit de rétention est un droit réel, dont le créancier devient titulaire par la prise de possession de la chose, car "le seul avantage que lui consent la loi est un avantage négatif : la faculté de dire "non" à tous ceux qui réclament délivrance du bien"³⁹⁶).

b – *traitement de la question par chacun des trois droits envisagés.*

b – 1 : droit suisse :

Seul à opter pour une telle solution, le droit suisse a simplifié le problème à l'extrême en décidant que les cas où la loi prévoit un droit de rétention correspondant absolument à ceux où elle établit un privilège. Ainsi, chaque fois qu'il y a gage légal ou conventionnel, il y a droit de rétention et il n'existe aucun droit de rétention ne conférant pas un droit de préférence dans la réalisation de la chose. Droit de rétention est ainsi synonyme de gage, et la loi emploie le terme dans un sens étroit pour désigner le gage légal par opposition au gage contractuel ou nantissement.

Il est bien évident que le droit de rétention est en droit suisse un droit réel; le terme ne recouvre pas le même concept que lorsqu'il est employé en droit français ou en droit allemand (*Zurückbehaltungsrecht*). Le texte allemand du Code civil suisse parle d'ailleurs de *Retentionsrecht* terme inconnu du droit allemand.

b – 2 : droit allemand et droit français :

Dans les droits allemand et français, la dualité entre le droit de rétention et les privilèges immobiliers spéciaux (droits de gage mobilier) a subsisté et l'un ne fait nullement supposer l'autre même si des coïncidences existent.

394) Catala – Franjou, op. cit. no 1, p. 10.

395) Bonnecase, Supplément au Traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. V. p. 661.

396) Catala – Franjou, op. cit. no 2 p. 13.

— droit allemand :

Le code allemand traite du droit de rétention au livre des obligations (paragraphe 273 et ss). C'est d'abord (al. 1) le droit du débiteur de refuser de s'exécuter tant que la dette échue de son cocontractant n'a pas été honorée (al. 1) 397) : cet aspect là ne nous intéresse pas directement, mais c'est aussi le droit de retenir un objet appartenant à son débiteur de "celui qui doit livrer cet objet lorsqu'il a une créance échue pour des dépenses engagées pour cet objet ou en raison d'un dommage subi du chef de cet objet, à moins qu'il ait obtenu cet objet par un acte illicite volontaire". (al. 2)

Le code énumère un certain nombre de cas où naît un tel droit de rétention : le paragraphe 1000, par exemple, donne au "possesseur un droit de retenir la chose jusqu'à ce qu'il soit payé des impenses auxquelles il a droit" (cf. aussi paragraphe 772 droit de rétention de la caution et paragraphe 972 de celui qui trouve un objet perdu). Aucun auteur allemand n'a jamais, à notre connaissance, défendu qu'il s'agissait là d'un droit réel.

Dans la faillite du propriétaire de l'objet retenu, le rétenteur ne bénéficie d'aucun privilège 398), ce que la jurisprudence a été amenée à affirmer depuis les temps les plus anciens du code 399). La doctrine relève généralement cependant l'existence d'une exception à ce principe, celle qu'énonce le paragraphe 49 ch. 3 KO 400). Cette disposition consacre le principe selon lequel celui qui a employé quelque chose lui appartenant au profit de la réparation ou de la conservation d'une chose a sur cette chose un droit de rétention jusqu'à paiement de ses impenses et voit également sa créance préférée dans le produit de sa réalisation.

Les paragraphes 1204 et 1258 BGB traitent du droit de gage sur les choses mobilières qui sont des droits réels. La loi se contente de disposer de règles pour le gage conventionnel (en français nantissement), et déclare applicable aux droits de gage légaux les mêmes règles par analogie (paragraphe 1258). Ces gages légaux (ceux que la loi suisse appelle des droits de rétention) sont énumérés par plusieurs dispositions spéciales du BGB (paragraphe 233, 559, 581 al. 2, 585, 590, 647, 704) ainsi que par des dispositions du HGB et de lois spéciales.

— droit français :

Les privilèges mobiliers spéciaux du droit français, qui sont des droits réels, sont définis par l'art. 2102 C. civ.. Ils ne correspondent exactement ni aux gages mobiliers suisses (nantissement et rétention) ni aux gages mobiliers allemands conventionnels et légaux, car ces privilèges mobiliers spéciaux du droit français ne supposent pas tous la possession directe de la chose par leur titulaire (cf. cas classique du privilège du bailleur à ferme sur les fruits de la récolte de l'année : ch. 1 *in initio*).

Le droit de rétention quant à lui n'est nulle part défini par la loi. (Nous ne parlerons ici que des cas où il n'est pas doublé d'un privilège) et la loi se contente d'en énumérer quelques cas, tel celui de l'art. 1948 ainsi rédigé : "Le dépositaire

397) Soergel – Schmidt, n. 1 ad paragraphe 273 BGB.

398) Soergel – Schmidt, n. 15 ad paragraphe 273 BGB.

399) RGZ 68, 282. RGZ 77, 436. RGZ 149, 94.

400) Soergel – Schmidt, n. 15 ad paragraphe 273 BGB.

peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt (cf. aussi art. 1749, 1612, 1653). La doctrine actuelle admet que l'énumération de la loi n'est pas exhaustive et qu'un droit de rétention existe chaque fois qu'il y a détention par le créancier d'une chose appartenant au débiteur, pour peu qu'il existe un lien de connexité juridique entre la créance ainsi garantie et le bien retenu⁴⁰¹) (par exemple objet réparé et créance en paiement de cette réparation, mais non objet prêté et créance en paiement d'un mandat sans rapport avec cet objet). A noter que c'est la règle qu'a retenue le droit suisse pour fonder le droit de rétention (avec privilège) : art. 895 CCS. La pratique française actuelle est donc à mi-chemin entre le principe du *numerus clausus* des cas de droits de rétention basés nécessairement sur un texte légal tel que le voulait le traité classique de Laurent⁴⁰²), et la conception de Bonnecase prêt à accueillir le principe du droit de rétention sur n'importe quel objet appartenant au débiteur⁴⁰³).

La doctrine française a, de tout temps, disputé du sujet de savoir si le droit de rétention était un droit réel. Laurent répond dans le sens positif à cette question⁴⁰⁴), et, dans une époque récente, le Doyen Rodière opte pour la même solution⁴⁰⁵). Sans prendre une position très nette, c'est dans ce sens que semblent aussi se déterminer MM. Marty et Raynaud⁴⁰⁶). D'autres auteurs s'opposent totalement à ces vues : on doit citer parmi eux le Doyen Nerson et son assistant M. Frossard⁴⁰⁷) ainsi que Mme Nicole Catala — Franjou dans un article très remarqué que nous avons déjà cité à plusieurs reprises. Mme Catala — Franjou écrit à l'appui de sa position

un droit réel ne saurait exister en dehors d'un minimum de prérogatives positives s'exerçant directement sur son objet : nombreuses sont les définitions du droit réel qui le singularisent par le pouvoir qu'il confère "de retirer directement tout ou partie des utilités économiques d'une chose", ou encore, voient en lui "la liberté privée — c'est-à-dire exclusive — d'user, sous les formes variées correspondant aux divers droits réels, d'une chose corporelle déterminée". Toujours, c'est par une action, une faculté positive à l'égard d'un bien qu'on cherche à le caractériser.

Or, le droit de rétention *stricto-sensu*, c'est-à-dire celui qui est accordé à un créancier indépendamment de toute autre sûreté, ne comporte aucun attribut positif : non seulement son titulaire n'a ni droit de préférence, ni droit de suite, mais il ne peut même pas user de la chose⁴⁰⁸).

Sans avoir à entrer nous-mêmes dans ce débat, nous devons cependant noter ici que le droit de rétention français est plus que le droit de rétention allemand de pur droit des obligations. En effet, dans l'exécution forcée contre les biens du propriétaire de la chose, la doctrine admet, dans son ensemble, que, même dans les cas où le rétenteur n'est titulaire d'aucun privilège dans la réalisa-

401) Aubry et Rau, Droit civil, les Biens, no 37 p. 22. Cass. civ. 28 février 1957 (D. 1957, 2, 266).

402) Laurent, Principes de droit civil français, t. XXIX, no 284 et ss.

403) Bonnecase, Supplément au Traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. V. p. 661 (précité).

404) Laurent, op. cit. t. XXIX no 284 et ss (précités).

405) Rodière, note sous Cass. civ. 22 mai 1962 (D. 1965, 2, 60).

406) Marty et Raynaud, op. cit. particulièrement no 16 p. 14 no 44 p. 28 et no 55 p. 35.

407) Nerson et Frossard, commentaire JCC ad art. 2092-2094, fasc. A2, n. 60.

408) Catala — Franjou, op. cit. no 2 p. 12.

tion de cette chose, rien ne l'oblige à la remettre aux créanciers ou à la masse, et MM. Marty et Raynaud d'écrire à ce sujet :

“— En principe le droit de rétention ne confère aucun droit de préférence; si le créancier rétenteur veut se faire payer sur la chose il peut certes exercer une saisie et faire vendre ce bien en justice mais, sur le prix de cette vente, il subira le concours des autres créanciers, à moins qu'il n'ait une autre cause de préférence, c'est-à-dire un privilège, comme le privilège du gagiste ou de celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose.

Mais pratiquement l'opposabilité du droit de rétention aux autres créanciers désireux de se payer sur le bien retenu aboutit à un véritable privilège. En effet, bien qu'il ne puisse en principe empêcher leur saisie le créancier rétenteur pourrait refuser la délivrance à l'adjudicataire tant qu'il n'a pas été désintéressé; si donc la valeur du bien retenu excède celle de leur créance les autres créanciers ont intérêt à le payer pour pouvoir exercer leur droit sur l'exédent” 409).

Le droit français de rétention est ainsi très analogue à un droit réel et nous soumettrons son opposabilité aux tiers à nos tests, avec la prudence qui s'impose par le fait de ce doute quant à sa qualification (et par conséquent quant à son identité avec les éléments de la règle que nous éprouvons).

2. Tests :

a — *l'opposabilité aux tiers du gage mobilier par nantissement dans les trois droits*

Test no 40

Au point où nous en sommes de notre étude consistant à soumettre à des tests notre règle, celui qui s'attache à l'opposabilité aux tiers du droit de gage mobilier par nantissement ne présente qu'un très modeste intérêt. Dans la mesure où cette opposabilité aux tiers s'entend du droit de suite de la chose dont le titulaire du gage se trouve dépossédé fortuitement, les principes que nous avons dégagés pour l'opposabilité aux tiers de la propriété mobilière dans le transfert *a non domino* (Section I — II) sont applicables par analogie. Il n'y a qu'une inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé de l'expression qui est le fruit de la disparition du droit lui-même. Il serait vain de reprendre ici la question, longuement étudiée pour le transfert *a non domino* de la propriété mobilière, de l'existence d'une *situation intermédiaire* entre la perte de la possession et la mort du droit analogue à l'inopposabilité aux tiers de ce droit ainsi que d'une *survivance du droit* après l'acquisition de la propriété (ou d'un gage) par le tiers. (L'art. 2076 C. civ. dit expressément que le droit réel de gage disparaît dès qu'il y a perte de la possession directe par son titulaire) 410).

Si l'opposabilité aux tiers s'entend du droit de préférence dans la réalisation du gage, il est bien évident que cette opposabilité existe toujours puisque c'est la raison d'être du nantissement.

Reste un troisième et dernier aspect de l'opposabilité aux tiers du gage : lorsqu'un tiers acquiert la propriété de la chose du précédent propriétaire, le

409) Marty et Raynaud, op. cit. no 55, p. 34-35.

410) Marty et Raynaud, op. cit. no 105 ch. 2 p. 62.

droit du gagiste est-il opposable au nouveau propriétaire ? (En droit français, ce transfert a lieu du fait du contrat, nous le savons : art. 1138 C. civ. et la possession immédiate de la chose par le gagiste est donc sans importance; en droit suisse et allemand ce transfert ne peut avoir lieu que par une clause contractuelle de délégation de possession : art. 934 CCS, paragraphe 870 et 931 BGB). Dans les trois systèmes juridiques envisagés, le droit de gage fondé sur le nantissement est accompagné du droit de rétention de la chose. Rien ne falsifie ici notre règle.

b – *l'opposabilité aux tiers des privilèges mobiliers spéciaux du droit français découlant de la loi, particulièrement de ceux du bailleur et de l'aubergiste (art. 2102 ch. 1 et ch. 5 C. civ.)*

Test no 41

Les privilèges mobiliers spéciaux qui découlent de la loi en droit français ne sont pas liés en principe à la possession immédiate de la chose par leur titulaire. A vrai dire, cependant, la constitution de plusieurs d'entre eux fondés sur l'idée de gage⁴¹¹), suppose de fait, pour des raisons qui tiennent à leur définition, si ce n'est la possession de la chose, du moins l'existence d'un certain pouvoir de fait sur cette chose du titulaire du privilège : c'est le cas par exemple (ch. 1) du "privilège du bailleur sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme" et (ch. 5) du "privilège de l'aubergiste sur les effets du voyageur qui a été transporté dans l'auberge".

Comme c'est toujours le cas avec les meubles, le titulaire du privilège court le risque qu'il soit enlevés des lieux où la loi prévoit qu'ils sont sujets à son droit et de perdre ainsi son privilège. La loi, pour protéger ces privilèges, a créé tout d'abord la saisie-gagerie par laquelle le titulaire du privilège peut s'opposer au déplacement des meubles en procédant à une saisie conservatoire accélérée (art. 819 C. proc. civ.). Si les meubles ont déjà été déplacés, le privilège n'est cependant pas perdu et la loi accorde un délai, qui est de 40 jours pour le bailleur à ferme et de 15 jours pour le bailleur à loyer ainsi que pour l'aubergiste⁴¹²) pendant lequel ceux-ci peuvent revendiquer les objets ainsi déplacés (art. 2102 ch. 1 dernier alinéa). Il s'agit de la procédure dite de saisie – revendication. Les auteurs parlent souvent à son propos de *droit de suite*⁴¹³) mais il est évident que ce droit de suite ne vise que le propriétaire de la chose lui-même et en aucun cas le tiers acquéreur qui est protégé par les art. 2279 et 2280 C. civ. : l'expression de droit de suite ne recouvre donc pas ici une modalité de l'opposabilité aux tiers du droit réel. En cas de transfert de la propriété de la chose à un tiers de bonne foi, le privilège mobilier spécial disparaît. (Inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé).

Pour le reste, le privilège immobilier spécial donne toujours un droit de préférence à son titulaire dans la réalisation de l'objet grevé, et le transfert contractuel de la propriété à un tiers ne le fait pas disparaître.

411) Marty et Raynaud, op. cit. no 414 p. 255.

412) Mazeaud, Leçons de droit civil, t. III, 1er vol. no 178.

413) Marty et Raynaud, op. cit. no 429 p. 266.

Test no 42

Nous savons que le droit de rétention français ne donne aucun privilège au rétenteur dans le produit de la réalisation de la chose (à moins que ce droit ne soit fortuitement doublé d'un des privilèges mobiliers spéciaux énoncés par l'art. 2102 C. civ.)⁴¹⁴).

Le droit de suite, si on l'entend de la possibilité du titulaire du droit de reprendre la chose dont il a été désaisi, ne nous intéresse guère ici : nous nous trouvons avec lui une fois de plus devant la systématique des art. 2279 et 2280 C. civ. que nous connaissons bien par les tests consacrés au transfert *a non domino*. Nous pouvons au plus y rencontrer des cas d'inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé.

Si donc le créancier rétenteur ne peut reprendre la chose après son dessaisissement volontaire c'est beaucoup moins parce qu'il ne jouit pas du droit de suite que parce que ce dessaisissement entraîne la perte du droit de rétention lui-même⁴¹⁵).

Attribué indépendamment d'un privilège, le droit de rétention se trouve donc irrévocablement effacé dès que le créancier consent à se dessaisir de la chose. Nul droit de suite ne lui est adjoint, qui permettrait à ce créancier de suivre la chose en d'autres mains. Rien ne subsiste de la garantie perdue, car cette garantie ne comportait pas un droit sur le bien...⁴¹⁶

Mme Catala - Franjou, on le voit, cherche par cet argument de l'absence de droit de suite à montrer que le droit de rétention n'est pas un droit réel. On comprendra que les expériences accumulées dans la présente étude nous amènent à un profond scepticisme quant à cet argument. La doctrine n'est d'ailleurs pas unanimement de l'avis de Mme Catala - Franjou quant à la mort du droit du seul fait de la perte de la maîtrise de la chose, et MM Marty et Raynaud d'écrire

Mais le droit de rétention survit à la dépossession lorsque celle-ci est involontaire et on admet généralement qu'en pareil cas le détenteur dépossédé pourrait exercer la réintégrande ou une action personnelle en restitution⁴¹⁷).

Le droit de suite peut aussi s'entendre, et c'est ici notre objet, de la survivance du droit dans quelque patrimoine que passe la chose alors que le rétenteur en a la maîtrise.

On peut dire que le créancier rétenteur a un droit de suite si on comprend celui-ci comme on l'analyse à propos des sûretés sans dépossession. Si le droit de suite est le droit de poursuivre un bien quoique celui-ci soit sorti du patrimoine de son débiteur, ce droit est bien attaché au droit de rétention puisque ce dernier est opposable au tiers acquéreur du bien grevé⁴¹⁸).

Quelque soit le titre du revendiquant (nouveau propriétaire ou titulaire d'un autre droit réel ou personnel), le rétenteur pourra lui opposer son droit de rétention.

414) Nerson et Frossard, op. cit. no 60 *in initio*.

415) Marty et Raynaud, Droit civil, Les Sûretés no 56 p. 36.

416) Catala - Franjou, La nature juridique du droit de rétention, no 28 p. 42.

417) Marty et Raynaud, op. cit. no 56 - 1, p. 36.

418) Marty et Raynaud, idem.

SECTION IV

L'opposabilité aux tiers des créances réelles (*ius ad rem*)

I — Notion de créance réelle :

A — Introduction générale et historique à la théorie du *ius ad rem*

La notion de créances réelles (ou *ius ad rem*, ou encore *ius propter rem*) est *a priori* extrêmement simple à définir. Se situant du côté passif de ce droit patrimonial, MM. Marty et Raynaud disent que :

C'est une obligation dont le débiteur se trouve désigné par le fait qu'il est titulaire d'un droit réel; elle se transmet en conséquence aux titulaires successifs de ce droit; le débiteur de l'obligation réelle peut également s'affranchir de cette charge en faisant abandon de son droit réel⁴¹⁹).

Le *ius ad rem* est le droit d'une personne de recevoir une certaine prestation (positive ou négative) du titulaire d'un droit réel (ou de la possession) sur une chose quelque soit le titulaire de ce droit réel.

On remarque d'emblée que ce droit contient des éléments que l'on rencontre habituellement dans les créances civiles (droit à une prestation d'une personne déterminée) alors que d'autres font penser aux caractéristiques du droit réel : parmi ces derniers, et nous sommes ainsi ramené au coeur de notre sujet, se trouve l'opposabilité aux tiers du *ius ad rem* en ce sens, que le créancier d'une obligation réelle peut en principe faire valoir son droit contre un quelconque acquéreur de la chose (nous nous en tiendrons pour l'instant au cas de l'acquisition de la propriété pour ne pas compliquer inutilement notre exposé).

L'acquéreur est de toute évidence un tiers étranger à l'existence du *ius ad rem* et qui trouve intérêt à invoquer l'éventuelle inopposabilité du droit à lui-même (cf. position théorique, chapitre III, B, 2, b et c).

A l'époque moderne, la réflexion sur le *ius ad rem*, auquel aucun des grands codes ne fait allusion, est apparue en France vers la fin du XIX^e siècle avec les Personnalistes, descendants désavoués de la Règle de droit de Roguin. Louis Rigaud, dans sa thèse, plusieurs fois cités, de 1912⁴²⁰), allait approfondir

419) Marty et Raynaud, Droit civil, Les Biens, no 7, p. 14.

420) Rigaud, Le droit réel, histoire et théories.

cette théorie pour s'y opposer finalement en refusant de voir dans les créances réelles des droits ayant des caractéristiques propres.

Là aussi contradicteur de Rigaud, Roguin dans la Science juridique pure de 1923⁴²¹), allait se rallier à la théorie du *ius ad rem*.

Rigaud fait remonter l'histoire du *ius ad rem* à des règles du droit canon, selon un exposé que Roguin résume ainsi :

"En droit canon, à tout office ecclésiastique est régulièrement attaché un bénéfice, dont les revenus sont affectés à l'entretien du titulaire. Le bénéficiaire a sur le bien un droit et une action réels. Il le reçoit par la collation émanée du supérieur ecclésiastique et en est mis en possession par l'investiture. Or, souvent le supérieur ecclésiastique n'est pas libre de choisir le futur bénéficiaire, qui doit lui être présenté par un patron laïque, ou élu par un chapitre etc.; et on admit que, à dater déjà de la présentation ou de l'élection, par conséquent avant la collation, le clerc désigné avait un certain droit sur le bien qu'il devait recevoir plus tard à titre de bénéfice. Ce droit, qui n'est pas un *ius in re* actuel, consiste en ceci :

1° Le patron ou le chapitre ne peuvent revenir sur leur désignation; 2° Le supérieur ecclésiastique doit conférer le bénéfice à la personne régulièrement désignée; cette personne peut écarter tout tiers appelé au même bénéfice par une collation postérieure".⁴²²)

Rigaud conclut que le *ius ad rem* est un droit intermédiaire entre la créance civile et le droit réel, sans nature propre⁴²³). Roguin pense que cette conclusion est spécieuse parce qu'à son sens le *ius ad rem* est un droit d'une autre nature qu'on ne saurait distinguer sur la base des critères classiques qui permettent d'opposer créance civile et droit réel; le critère original du *ius ad rem* est le mode de désignation de son débiteur⁴²⁴). Nous laisserons ici ce débat dépassé par la doctrine moderne.

B — Le *ius ad rem* dans la doctrine française contemporaine :

D'origine très ancienne en France comme nous l'avons vu, le *ius ad rem* a fait l'objet de quelques thèses remarquées telle celle de M. de Juglart⁴²⁵) et celle de M. Aberkane⁴²⁶). La doctrine française n'a cependant toujours admis l'existence de tels droits, avec les caractéristiques qui leur sont propres, que d'une façon extrêmement restrictive⁴²⁷).

La plupart des créances réelles admises en droit français sont liées aux servitudes de voisinages : telles sont celles du copropriétaire d'un mur mitoyen d'obtenir de l'autre copropriétaire une contribution aux frais de réparation (art. 655 et 656 C. civ.) ou du voisin d'obtenir une participation aux frais de clôture forcée (art. 663 C. civ.).

421) Roguin, La Science juridique pure, p. 931 et ss.

422) Roguin, op. cit., p. 931.

423) Rigaud, op. cit. p. 86.

424) Roguin, op. cit. p. 932 — 933.

425) Juglart, Obligations réelles et servitudes en droit privé français, thèse de Bordeaux 1937.

426) Aberkane, Essai d'une théorie générale de l'obligation *propter rem* en droit positif français, thèse d'Alger 1955.

427) Voir catalogue d'Aberkane, op. cit. no 2 et de Juglart, p. 353 et ss.

La doctrine française a très largement retenu l'élément de la prestation positive comme caractéristique de la créance réelle (par opposition à la servitude qui ne saurait être que passive à peine d'amener la résurgence de charges féodales telles que les corvées : *Servitus in faciendo consistere non potest* 428).

A notre sens, le droit français connaît aussi un certain nombre de *iura ad rem* que seul le poids de la tradition juridique française empêche la doctrine de qualifier ainsi. Nous avons déjà montré pourquoi à notre sens, les privilèges immobiliers spéciaux définis par l'art. 2103 C. civ., ainsi que toutes les hypothèques légales, ne naissent comme droits réels que par leur inscription au bureau des hypothèques depuis le décret du 4 janvier 1955 (Section III, deuxième sous-section, II, 3, b et test no 34) : ces droits réels n'ont absolument aucun effet perceptible avant cette inscription. Le *droit de faire inscrire* ces sûretés légales est une créance réelle dirigée contre le propriétaire de l'immeuble grevé (voir ci-dessous analyse analogue adoptée par la doctrine suisse).

On doit signaler enfin que plusieurs auteurs français définissent la créance réelle comme une exception au principe de la non transmission des obligations relatives au bien cédé 429). Cette exception a, pour ces auteurs, sa source dans la nature de certaines obligations qui naissent bien plus *intuitu rei* qu'*intuitu personae* 430).

C — La théorie du *ius ad rem* en Suisse :

1. Le *ius ad rem* en Suisse jusqu'en 1966

a — *historique général* :

Originaire de France et étrangère au droit suisse, la théorie du *ius ad rem* n'est apparue en Suisse que très tardivement. C'est surtout là qu'elle a connu depuis une dizaine d'années un développement doctrinal et jurisprudentiel considérable et telle qu'elle n'en a jamais connu en France.

En 1912, Rossel et Mentha, à propos de l'art. 837 CCS (droit notamment des artisans et entrepreneurs de faire inscrire une hypothèque légale) excluent d'une façon absolue les conséquences de ce que l'on allait plus tard appelé le *ius ad rem* :

"Nous avons dit, en parlant des hypothèques légales énumérées à l'art. 837, que puisque ces hypothèques doivent être inscrites, elles n'existent comme droits réels opposables aux tiers, notamment aux acquéreurs, que si elles ont été effectivement inscrites, et qu'elles ne seraient plus l'être utilement, quand même le délai ne serait pas écoulé, si auparavant le débiteur a cessé d'être propriétaire de l'immeuble. C'est bien ce qui paraît résulter de l'Exposé des motifs (p. 619), quand il dit : "l'hypothèque légale n'est pourvue d'effet réel que si la formalité de l'inscription vient s'ajouter à la cause dont dérive cette garantie. Ces sûretés fondées sur la loi ne donnent, en conséquence qu'un droit à faire inscrire le gage immobilier et ne sont constituées que par l'inscription même". 431)

428) Marty et Raynaud, Droit civil, Les Biens, no 140 p. 159.

429) Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae, t. II no 176 b, 1. Aussel, La notion de tiers en droit civil français, no 35, p. 51.

430) Aussel, op. cit. no 37, p. 52.

431) Rossel et Mentha, Manuel de droit civil suisse vol. IV p. 255.

A noter en marge qu'il ressort clairement ici que, pour Rossel et Mentha, d'une part tout droit patrimonial qui n'est pas un droit réel ne saurait être qu'une créance civile et que, d'autre part, l'expression d'*effet réel*, est synonyme d'*opposabilité aux tiers*, caractéristique du droit réel.

En 1924, Théo Guhl publia un article dans les *Mélanges en l'honneur du jubilé du Tribunal fédéral* (432), dont la portée devait par la suite être exceptionnelle. Sans se rallier formellement à la théorie du *ius ad rem*, il fut le premier en Suisse à en admettre les conséquences pratiques dans de nombreux cas : il considère, pour reprendre le même exemple que ci-dessus, que la créance en inscription d'une hypothèque légale selon l'art. 837 CCS a, en général, pour débiteur tout propriétaire de l'immeuble.

Sous l'influence de Guhl, les commentateurs adoptèrent, en ignorant encore le concept de *ius ad rem*, une position particulière de cas en cas (433). (Nous y reviendrons à propos des querelles doctrinales portant sur leur interprétation).

Seule la jurisprudence du Tribunal fédéral continua à se refuser à ce genre d'investigation n'admettant que les deux catégories classiques de droits patrimoniaux distingués selon le critère de l'opposabilité aux tiers synonyme alors d'effet réel. (Arrêt Faillite Waldvogel C. Frutigiers) (434), dont le principe fut confirmé en 1948 par l'arrêt Schneller C., Petit Conseil du Canton des Grisons (435) et en 1956 encore par l'arrêt Genier c. Masse en faillite d'Allaz (436).

Les années 60 allaient cependant voir le mûrissement dans la doctrine suisse de la théorie du *ius ad rem* particulièrement à la suite de la publication dans la Revue du Notariat et du Registre foncier de 1962 du magistral article de M. Peter Liver *die Realobligation* (437).

Il n'est que de noter les 15 articles et ouvrages, cités dans notre bibliographie, de MM. Piotet, Deschenaux, Comment, Haller, Jäggi, Jost, Meier-Hayoz, Scacchi et Schneeberger.

Sur le fond, la doctrine s'y rallie à la théorie du *ius ad rem* même si les auteurs en appliquent parfois les conséquences d'une façon différente.

Citons ici l'une de ces divergences, à laquelle nous n'aurons plus l'occasion de revenir et qui opposa MM. Deschenaux et Jäggi au reste de la doctrine inspirée de M. Liver. Elle ne concernait pas les créances réelles en général mais seulement l'existence d'une telle créance à la suite de l'annotation d'un droit de préemption au Registre foncier. Avant la théorie du *ius ad rem*, on interprétait l'annotation des droits de préemption au Registre foncier de la façon que M. Schneeberger résume ainsi dans son article de 1964 :

" . . . l'annotation a l'effet d'une restriction du droit de disposer, qui rend sans valeur l'inscription au registre foncier, de la vente consentie par le propriétaire au tiers acheteur. Pour obtenir l'attribution de la propriété de l'immeuble, le titulaire du droit de préemption doit, en cas de contestation, intenter, d'une part, l'action en exécution de l'article 665 CCS contre le vendeur et, d'autre part, l'action en rectification de l'article 975 CCS contre le tiers

432) Guhl, *Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung*.

433) voir notamment – Homberger, n. 37 ad art. 961 CCS – Leemann n. 27 ad art. 837 CCS.

434) ATF 40 II 452.

435) ATF 73 I 278.

436) ATF 81 II 279.

437) Liver, *die Realobligation*, RNRF p. 257 et ss.

acheteur, qui a été inscrit comme propriétaire. En outre il est tenu de payer le prix au vendeur et celui-ci devra le restituer au tiers acheteur évincé". 438)

Avec la théorie du *ius ad rem*, selon laquelle le débiteur de l'obligation réelle est désigné par sa qualité de propriétaire de la chose, la doctrine considérait généralement que le bénéficiaire du droit de préemption pouvait s'en prendre au seul propriétaire actuel par une action en exécution. Tel fut notamment l'avis de MM. Liver⁴³⁹⁾ et Piotet⁴⁴⁰⁾, et du juge fédéral Comment⁴⁴¹⁾, pour qui cette conséquence du caractère de *ius ad rem* du droit de préemption annoté au registre foncier allait de soi.

M. Deschenaux, à la suite de M. Jäggi⁴⁴²⁾ défendit, par contre, que le caractère d'opposabilité tout à fait général du droit de préemption annoté au registre foncier ne pouvait avoir pour effet d'obliger un tiers au sens du droit des obligations :

"... quand l'art. 681 CCS dit que le droit de préemption s'exerce aux conditions de la "vente au défendeur", cela ne prouve pas du tout que le défendeur à l'action en exécution (art. 665 CCS) est l'acheteur devenu propriétaire en vertu de la vente constituant le cas de préemption. Encore une fois l'art. 681 CCS règle un problème de droits réels; l'annotation de l'art. 959 al. 2 à laquelle il se réfère neutralise une acquisition déjà opérée. Si le propriétaire inscrit ne consent pas spontanément à céder le pas, il sera attaqué par l'action de l'art. 975 CCS (qui recouvre en réalité une action en revendication de l'acheteur devenu propriétaire). C'est le défendeur à cette action réelle qui est visé par l'art. 681 al. 1, et non le défendeur à l'action en exécution de l'art. 665 CCS qui n'a rien à voir dans ce contexte"⁴⁴³⁾.

Le 10 février 1966, dans l'arrêt Chiesa, le Tribunal fédéral fit un premier pas dans le sens de la doctrine du *ius ad rem* et dans le cadre très limité de l'art. 959 CCS. Il trancha à cette occasion dans le sens de la doctrine dominante contre MM. Jäggi et Deschenaux

"... on ne peut admettre que, pour obtenir la propriété sur l'immeuble, le titulaire du droit de préemption annoté doive procéder principalement contre le concédant, même si ce fonds est déjà inscrit au nom du tiers acquéreur. Une telle procédure est incompatible avec le texte de l'art. 681 al. 1er CCS – disposition spéciale par rapport à l'art. 959 CCS – selon lequel le droit de préemption annoté vaut "contre tout propriétaire". En effet, tel ne peut pas être le cas du concédant, du moment que le fonds a été inscrit au chapitre du tiers acquéreur (art. 656 al. 1er CCS)"

(...)

"... on ne voit pas quel intérêt légitime serait mieux protégé en introduisant l'action principale contre le concédant plutôt que contre le tiers acquéreur. Le premier ne peut avoir un intérêt à défendre le contrat qu'au cas où il serait convenu avec le tiers acquéreur d'un prix supérieur à celui qui avait été établi précédemment avec le bénéficiaire du droit de préemption. En revanche, si ce prix n'a pas encore été fixé, le concédant ne peut avoir un grand intérêt

438) Schneeberger. Questions pratiques et controversées relatives au droit de préemption conventionnel et au droit de préemption légal des copropriétaires, p. 294.

439) Liver. Die Realobligation particulièrement p. 266 no 2.

440) Piotet. A propos de l'annotation des droits personnels au registre foncier, p. 574, particulièrement no 2.

441) Comment. Le droit de préemption agricole vu sous l'angle du conservateur du registre foncier, p. 25.

442) Jäggi. Ueber das vertragliche Vorkaufsrecht p. 73-74.

443) Deschenaux. Les obligations dites réelles et leur rapport avec le registre foncier p. 294.

à défendre le contrat, puisqu'il sait que de toute façon il recevra le prix convenu de l'un des deux acquéreurs". 444)

b – l'article de Peter Liver "*die Realobligation*" : considération sur le niveau épistémologique de la règle de droit :

L'article de M. Liver paru à la RNRf en 1962 fut, avons-nous déjà remarqué, le point de départ du renouveau de la théorie du *ius ad rem* en droit suisse. Il sera pour nous l'étude de référence. Il présente en effet le double avantage de la concision et du caractère général, les autres articles ne traitant, quant à eux, que de questions particulières. Or, dans ce bref chapitre introductif à la théorie du *ius ad rem*, notre but est seulement de donner un aperçu sommaire de cette théorie contenant un historique et un abord des questions tout à fait générales du sujet. Il est pourtant ici de toute première importance pour nous de relever une des considérations générales de M. Liver sur le *ius ad rem*. Il constate tout d'abord l'absence dans les lois de références expresses au *ius ad rem*, qui est une découverte de la doctrine, un élément de l'ordre juridique existant obligatoirement et tout à fait indépendamment de la volonté d'un quelconque législateur. Le législateur peut décider de l'existence du pacte de réserve de propriété, de la forme des contrats; il ne peut que constater l'existence dans l'ordre juridique du contrat, du droit réel etc., de même l'existence du *ius ad rem* échappe à sa volonté. M. Liver conclut :

"L'obligation réelle n'est pas une institution juridique, dont on se demande si elle doit être introduite ou non. Elle se trouve initialement dans tout ordre juridique. (Cette constatation ne vaut que pour ce qui est de définir sa nature juridique, sa fonction et sa place dans le système juridique)". 445)

De ce phénomène immanent du droit, de cette absence de rôle du législateur dans l'existence des créances réelles, M. Liver tire la conséquence naturelle et évidente : lorsque l'on se demande si un droit est ou n'est pas une créance réelle, on ne saurait résoudre la question par référence à la volonté du législateur. Il élargit même le débat et montre comment, grâce à la doctrine du *ius ad rem*, on peut maintenant se rendre compte que les questions de classification des droits patrimoniaux échappent à la volonté du législateur. Voilà des considérations qui ne sont guère en mesure de nous étonner. On reconnaît aisément ce que nous avons appelé dès le début de notre étude une réflexion au niveau épistémologique de la règle de droit. C'est bien à ce niveau que se place toute réflexion sur la théorie du *ius ad rem*.

M. Liver de conclure à ce sujet :

"La doctrine de l'obligation réelle détruit un préjugé dogmatique qui a empêché la législation et la jurisprudence de prendre en considération la nature juridique des rapports de droit positif dans laquelle pouvait se réaliser son sens et son but, la *ratio legis*." 446)

2. L'arrêt Robusti

C'est dans l'arrêt Robusti du 24 novembre 1966 que le Tribunal fédéral se rallia d'une façon générale au principe de l'existence en droit suisse de créances

444) ATF 92 II 147 dans sa traduction au JT 1967 I. p. 183 – 184.

445) Liver, op. cit. p. 279 no 1.

446) Liver, op. cit. p. 279, no 2.

réelles à propos de l'inscription de l'hypothèque légale de l'entrepreneur des art. 837 et 839 CCS. Après avoir rappelé sa jurisprudence antérieure et l'avoir justifiée dans l'ancienne perspective, le TF ajoute :

"Toutefois, la jurisprudence citée ne peut pas être maintenue. En effet, selon les auteurs plus récents, chaque fois que, dans notre système légal, le débiteur — et souvent aussi le créancier — d'un rapport d'obligation est désigné par un droit réel ou par la possession d'une chose, on est en face d'une obligation dite réelle.

(...)

Il faut en déduire que le droit qu'à l'entrepreneur de faire inscrire une hypothèque légale (art. 837 CCS) est dirigé contre le propriétaire actuel de l'immeuble pour lequel des matériaux et du travail ont été fournis en vue d'édifier des constructions ou d'autres ouvrages. La Cour cantonale a donc raison, lorsqu'elle admet que le demandeur a en principe un droit à l'inscription d'une hypothèque légale contre la défenderesse comme propriétaire de l'immeuble no 1093, bien qu'elle ne soit pas débitrice de la créance de l'entrepreneur que l'inscription de l'hypothèque doit garantir". 447)

A la suite de cet arrêt, parurent encore une série d'articles de doctrine. Enfin, une thèse de doctorat de l'université de Genève, celle de M. Scacchi,⁴⁴⁸⁾ tenta une vaste synthèse de cette matière en 1970.

3. Les commentaires et leur lecture par la doctrine depuis 1966 :

Nous avons plus haut réservé une analyse de la position des commentaires au sujet de la théorie du *ius ad rem*, et cela pour la présenter dans l'optique de leur lecture par la doctrine postérieure à l'arrêt Robusti de 1966. (Rappelons à ce propos que la dernière édition des commentaires des art. 837 et 839 CCS est respectivement de 1925 pour le commentaire bernois de Leemann et de 1938 pour le commentaire zurichois d'Homberger : il s'agit donc d'époques où la théorie du *ius ad rem* n'avait pas droit de cité, du moins comme telle, dans la doctrine suisse.

Dans l'arrêt Robusti, le Tribunal fédéral explique et justifie sa jurisprudence antérieure par son désir de s'opposer à la doctrine de Leemann (et d'Huber), qu'il interprète ainsi :

"Dans cette jurisprudence, le TF s'est laissé guider par la considération que l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC ne confère pas à l'entrepreneur un droit de gage existant sans inscription au Registre foncier, mais seulement le droit de faire inscrire un droit de gage. Il s'agirait d'un droit purement personnel, dont on ne pourrait obtenir l'exécution dans la faillite du propriétaire de l'immeuble, ni contre un tiers acquéreur du fonds, pas plus que contre un propriétaire autre que le débiteur de l'entrepreneur. Cette jurisprudence était exacte, en tant qu'elle s'opposait à la manière de voir de Huber et de Leemann, d'après lesquels l'entrepreneur jouit d'un droit réel, absolu (Eugène Huber, *Zum schweiz. Sachenrecht*, dans *Abhandlungen zum schweiz. Recht*, vol. 58, p. 61 ss; Leemann RSJ 9, p. 84 ss)⁴⁴⁹⁾.

Intéressante est aussi l'analyse que fait M. Piotet du commentaire de Leemann :

"Dans sa jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral n'obligeait pas l'acquéreur à constituer le gage, puisque l'obligation ne liait que le propriétaire qui

447) ATF 92 II 227 dans sa traduction du JT 1967 I, p. 266.

448) Scacchi, L'obligation *propter rem* et les droits personnels annotés au registre foncier

449) ATF précité dans JT 1967 I p. 266.

avait commandé les travaux. La bonne foi de l'acquéreur ne jouait donc aucun rôle. A l'opposé, *Leemann estime que l'acquéreur doit toujours subir l'inscription, même s'il est de bonne foi; car l'art. 973 CCS n'est pas applicable, la bonne foi n'étant jamais protégée au détriment d'une prétention légale*" 450).

M. Piotet renvoie en note à N. 27 à l'art. 837 (et non 867 comme imprimé par erreur). Contrairement au Tribunal fédéral M. Piotet oublie de dire que cette position de Leemann est justifiée par la qualité de droit réel qu'il attribue au droit de faire inscrire l'hypothèque légale (il faut dire d'ailleurs que M. Piotet renvoie à la note 27 et le TF à la note 25).

Reprenons donc le texte de Leemann. Sous le titre "Nature juridique et portée du droit à une hypothèque légale", il essaye de trancher un problème dont il déclare qu'il est extrêmement discuté. Le point de départ de sa réflexion est le fait que la loi semble ne pas déterminer le débiteur de l'obligation de faire inscrire l'hypothèque. Non encore touché par la théorie du *ius ad rem*, il se déclare gêné quant à cette question en utilisant des points de suspension dans une expression entre parenthèses (le droit s'adresse . . . au fonds). Il en conclut finalement que ce droit doit par conséquent être considéré comme ayant un *aspect réel (dinglich)* et, se reprenant encore, il ajoute entre parenthèse de *droit réel (sachenrechtlich)*. Il ne dit jamais absolument que ce droit est un droit réel, mais on peut en effet le déduire de l'explication qu'il donne ensuite et que ni la doctrine, ni la jurisprudence ne relèvent. Il s'appuie sur l'existence du délai de trois mois de l'art. 839 CCS, pendant lequel il est possible au titulaire du droit de demander son inscription, pour en tirer que le législateur a créé une situation très brève pendant laquelle il existe des droits immobiliers occultes mais opposables aux tiers dans les mêmes conditions que les droits inscrits. A son sens, la volonté du législateur de limiter la durée d'une situation anormale et exceptionnnelle est le seul élément qui permet d'expliquer l'existence de ce délai⁴⁵¹). Nous allons voir que cette théorie n'est pas en soi inconciliable avec celle du *ius ad rem*.

Quant à Homberger⁴⁵²), comme nous l'avons déjà vu plus haut, il s'oppose à l'argument du délai utilisé par Leemann, et s'appuie sur celui du principe de publicité. Sans traiter sur le plan théorique de la nature du droit de l'entrepreneur, il remarque que le législateur lie l'existence et l'opposabilité aux tiers des droits immobiliers à leur inscription au registre foncier dans le but que nul de bonne foi n'ait à subir l'existence de droits occultes. Il remarque, et c'est là toute l'originalité de sa démarche, que le législateur n'a pas plus clairement réglé la question de l'opposabilité aux tiers du droit de l'entrepreneur à l'inscription d'une hypothèque légale parce qu'étant donné justement le délai de trois mois, chacun devrait être à même de se rendre compte que le bâtiment dont il s'agit est de construction extrêmement récente et savoir qu'ainsi il court le risque de se voir opposer le droit de l'entrepreneur. L'existence de tiers de bonne foi est donc tout à fait exceptionnelle. Il peut cependant en exister, dans la mesure où le droit de l'entrepreneur découle de réparations non visibles, souterraines par exemple. Dans ces cas exceptionnels, le droit de l'entrepreneur n'est pas opposable au tiers acquéreur de l'immeuble.

450) Piotet. Le droit à l'hypothèque légale et le privilège de l'entrepreneur, p. 196.

451) Leemann, n. 27 a) ad art. 837 CCS.

452) Homberger, n. 37 ad art. 961 CCS.

4. Les critères retenus par la doctrine suisse actuelle pour distinguer le *ius ad rem* du droit réel

De même nous avons, dans l'approche théorique de notre étude, mis en lumière les différents éléments que la doctrine considère comme caractéristiques du droit réel à côté de son opposabilité aux tiers (position théorique, chapitre III A), de même il est important ici de relever les critères généralement retenus comme caractérisant le *ius ad rem*. C'est essentiellement aux réflexions de la doctrine suisse sur le sujet que nous nous référerons parce que c'est en Suisse que la réflexion a été poussée le plus loin sur le sujet des créances réelles.

a — le critère de la prestation positive

Le critère de la prestation positive est pour M. Liver un des critères essentiels qui distinguent la créance réelle du droit réel

“Aucun droit réel ne peut être le droit à une action ou à une prestation même pas lorsqu'il a pour titulaire le propriétaire actuel d'une chose et qu'il est dirigé contre le propriétaire actuel d'une autre chose. Seule une personne, non une chose peut prester”⁴⁵³).

Ainsi, pour M. Liver, le droit à une prestation est nécessairement une créance; si le débiteur de cette créance est désigné par un droit réel ou la possession d'une chose, il s'agit d'une créance réelle. Cette position a été adoptée par la majorité de la doctrine suisse, mais néanmoins pas sa totalité. En 1968, dans son article des *Mélanges Schönemberg* “Devoirs généraux et obligations”, que nous avons cité plusieurs fois déjà, M. Walter Yung répondit à M. Liver en contestant le caractère absolu de ce critère.

“... les auteurs qui, en Suisse, se sont penchés récemment sur le problème des obligations *propter rem* font une distinction très tranchée à cet égard entre les devoirs positifs et les devoirs négatifs. En ce qui concerne les premiers, M. Liver a montré qu'un droit tendant à obtenir du propriétaire des actes positifs ne peut en aucun cas être un droit réel. Ces deux notions sont incompatibles. En conséquence, tous les devoirs positifs mis à la charge du propriétaire en tant que tel ou du titulaire du droit réel limité sont des obligations *propter rem*. Il s'ensuit que l'obligation de faire, qui peut être jointe accessoirement à une servitude foncière (art. 730 al. 2) est une obligation *propter rem* de même que la charge foncière (art. 782). Il s'ensuit encore que toutes les obligations accessoires positives, qui sont imposées par le Code civil au propriétaire envers le titulaire d'une servitude, l'usufruitier, le superficiaire, le créancier gagiste ou hypothécaire, ou réciproquement, sont également des obligations *propter rem*, et par conséquent des obligations proprement dites, appelant, le cas échéant, l'application des art. 68 et suiv. et 97 et suiv. CO
(...)

Toutefois ce système se heurte à de fortes objections. En premier lieu, il introduit une rupture d'unité dans le système général des obligations. En effet, le critère de l'obligation serait le contenu positif qu'elle présente, ce qui n'est sûrement pas le vrai critère de l'obligation en théorie générale. On ne voit pas pourquoi l'obligation de l'usufruitier de souffrir les réparations importantes (CCS art. 764 al. 2) relèverait de la responsabilité délictuelle en cas de refus, tandis que l'obligation toute semblable du locataire (CO 256 al. 1) relève de la responsabilité contractuelle. En second lieu, je doute que ce

453) Liver. *Die Realobligation* p. 262.

critère soit utilisable. Car une bonne part des devoirs légaux en question sont mixtes, et comportent à la fois des actions et des abstentions⁴⁵⁴⁾.

On le voit, M. Yung élargit le débat et cela tient à la nature particulière de sa démarche. Les critiques ainsi exprimées par M. Yung furent reprises dans la thèse de son élève M. Scacchi qui visait, quant à elle, à une synthèse des idées exprimées sur le *ius ad rem* durant les années 60.

“La grande majorité des auteurs suisses a consacré le principe suivant lequel le contenu d’une obligation *propter rem* doit consister en une prestation positive. Deux arguments ont été apportés à ce sujet. L’un d’ordre théorique si nous admettions qu’une obligation réelle peut consister dans un devoir de tolérer, il serait impossible d’établir une limite entre obligation réelle et servitude.

(...)

L’autre justification est d’ordre pratique en effet, parmi toutes les obligations réelles citées dans la doctrine suisse, nous ne trouvons pas une seule prestation négative. Mais cela reste à démontrer : Yung, par exemple, parle de “devoirs négatifs” qui “existent certainement et semblent bien former un lien de droit particulier entre les deux intéressés, en matière de servitudes foncières (art. 737, al. 1 et 2), d’usufruit (752, 755, 764, 768, 769), de gage immobilier (808), de gage mobilier (890), etc.”.

En tout cas, même si la considération faite par la grande majorité de la doctrine suisse correspondait à la réalité, le fait que les obligations réelles connues ne prévoient que des prestations positives n’est pas suffisant pour accepter comme critère caractéristique des obligations réelles leur nature positive. Du reste, nous pensons que l’on ne peut pas recourir à la nature positive des prestations découlant d’une obligation réelle pour justifier son caractère personnel.”⁴⁵⁵⁾

Nous ne saurions bien sûr entrer dans ce débat et nous nous contenterons de noter que ce critère, dont nous avons vu qu’il est également considéré comme très important par la doctrine française⁴⁵⁶⁾ ne fait pas l’unanimité dans la doctrine suisse.

b — le critère de la prestation unique ou en nombre déterminé :

Pour l’ensemble de la doctrine, par contre, le critère fondamental qui permet de distinguer droit réel et créance réelle est celui de la prestation unique. En d’autres termes, contrairement aux droits réels, les créances réelles s’éteignent d’elles-mêmes, comme les créances civiles, au moment où intervient un acte déterminé (la prestation) de leur obligé. Par exemple, (art. 837 et 839) la créance réelle de l’entrepreneur en inscription d’une hypothèque légale disparaît naturellement dès le moment où le propriétaire l’a faite inscrire. Une créance réelle ne saurait être un droit continu dans le temps tel un usufruit par exemple⁴⁵⁷⁾. M. Neuenschwander cependant remarque que la créance réelle est

454) Yung, Devoirs généraux et obligations, p. 175-178.

455) Scacchi, l’obligation *propter rem* et les droits personnels annotés au registre foncier.

456) Marty et Raynaud, Droit civil, les Biens, no 140 p. 159 (précité).

457) Notamment : Scacchi, p. 15 ; Piotet. Le droit à l’hypothèque légale et le privilège de l’entrepreneur notamment quand l’immeuble est acquis par un tiers ou réalisé dans une exécution forcée, p. 193 et ss.

souvent de plusieurs prestations discontinues⁴⁵⁸). C'est le cas par exemple de la créance réelle des copropriétaires contre chacun d'eux en contribution aux frais et charges de la chose commune (= art. 649, cité dans le catalogue que M. Liver établit des créances réelles du droit suisse)⁴⁵⁹).

c — le critère de l'absence de maîtrise directe de la chose :

Ce critère ut considéré comme dominant par M. Deschenaux dès son article de 1962 *Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le registre foncier*.

"Que, dans une obligation, la personne du débiteur ou celle du créancier soit désignée par sa relation à une chose, ne change rien au caractère relatif du droit personnel. Le rattachement réel ne détermine aucun pouvoir juridique direct sur la chose. Il n'importe pas, pour la nature d'un droit, que son sujet actif soit nommément désigné ou qu'il le soit par relation à une chose. Et il en va de même de la désignation du sujet passif. *Qu'une personne doive faire une certaine prestation parce qu'elle détient un pouvoir sur une chose, ne confère au créancier aucun droit sur cette chose, mais seulement un droit contre cette personne et contre nulle autre. Ce droit confère, non une action in rem, mais une action personnelle in rem scripta*. Ainsi, le titulaire d'une servitude à laquelle est rattachée accessoirement une obligation de faire (art. 730 al. 2 CC) ne pourra exiger de personne d'autre que du propriétaire du fonds servant l'exécution des travaux d'entretien"⁴⁶⁰).

Sans déclarer la plupart du temps l'admettre expressément, le reste de la doctrine ne combatit pas cette position. M. Scacchi déclare l'admettre⁴⁶¹).

On aura remarqué que M. Deschenaux et les tenant de ce critère reprennent par là la vieille conception de Jhering pour lequel la maîtrise directe de la chose caractérise le droit réel (position théorique, chapitre III, A, 2). Nous avons eu l'occasion de montrer comment la doctrine suisse confond quelquefois cette maîtrise directe de la chose avec le caractère immédiat du droit réel et nous avons montré pourquoi nous refusions, pour notre part, de considérer la maîtrise de la chose comme caractéristique du droit réel.

d — le critère de la responsabilité pour la dette :

Tous les auteurs admettent enfin que le critère majeur qui distingue le droit réel limité de la créance *ad rem* est celui de la responsabilité pour la dette. Un droit réel limité n'oblige le propriétaire que sur le bien grevé (hypothèque, usufruit, etc.) non sur l'ensemble de son patrimoine. En cela, le créancier *ad rem* ne se distingue pas du créancier civil. Citons à titre d'exemple M. Scacchi:

"... le débiteur d'une obligation *propter rem* — qu'il s'agisse d'un débiteur originaire ou subséquent — est obligé exactement de la même façon qu'un débiteur ordinaire : il est tenu de faire une prestation à une personne déterminée, selon les normes et les principes sanctionnés par le code des obligations : le créancier peut agir contre lui comme tout autre débiteur"⁴⁶²).

458) Neuenschwander, Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code civil und im schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts p. 232.

459) Liver, op. cit. p. 275 - VII.

460) Deschenaux, Les obligations réelles et leurs rapports avec le registre foncier, p. 283.

461) Scacchi, op. cit., p. 11.

462) Scacchi, op. cit. p. 15.

M. Liver remarque enfin, sans bien sûr en faire un critère absolu, que la plupart des créances réelles ont leur source dans la loi et non dans le contrat (463).

D — La doctrine allemande face à la théorie du *ius ad rem*

Jusqu'à ce jour, la théorie du *ius ad rem* n'a guère eu les faveurs de la doctrine allemande (464) et il n'est nullement question pour nous de consacrer une étude développée à ce sujet en droit allemand dans le seul but de maintenir artificiellement l'équilibre entre les parties de notre étude consacrées à chacun des trois systèmes juridiques envisagés.

La notion de créance réelle est pourtant loin d'être inconnue de la doctrine allemande. On la rencontre dès les premiers temps du BGB dans la vieille querelle théorique concernant le lien juridique existant entre la dette hypothécaire et le droit de propriété sur l'immeuble grevé. On sait à cet égard que le droit allemand, contrairement au droit français, ne connaît pas le principe du transfert de la dette avec la propriété, mais il n'empêche que l'immeuble hypothéqué après ce transfert continue à être le gage des créanciers hypothécaires et sa valeur à répondre de la dette. Deux théories s'opposent quant à la signification juridique à donner à cette situation : la première, dite de la dette réelle, ou plutôt de la dette de la chose (Theorie der dinglichen Schuld) consiste à considérer que la dette hypothécaire est une sorte de dette de la chose. Cette théorie a son origine dans la différence faite traditionnellement par le droit allemand entre la dette (devoir de payer : Schuld) et la responsabilité (en cas de non-paiement : Haftung) (465) ces deux éléments étant en l'espèce disjoints. Cette analyse est celle des classiques que l'on rencontre par exemple dans le Deutsches Privatrecht d'Otto von Gierke qui écrit :

La dette réelle ne fonde en aucune manière une obligation *pour la personne* en tant que telle, mais en charge le fonds" (466).

La théorie contraire est justement celle de l'obligation réelle que nous connaissons déjà. Elle se fonde sur la conception en vertu de laquelle une obligation personnelle est liée à la titularité d'un droit réel. "Le propriétaire doit payer à cause du fonds" (467). La majorité de la doctrine opte aujourd'hui encore pour la théorie classique de la dette réelle, parce qu'elle est plus conforme au principe allemand de la non transmission de la dette hypothécaire avec le bien grevé, mais la plupart des auteurs admettent que cette dispute n'a aucune signification pratique essentielle" (468).

La théorie du *ius ad rem* ne s'est pas étendue en Allemagne à d'autres domaines.

463) Liver, op. cit. p. 275 - VII.

464) Dimopoulos - Vosikis, Zum Problem der dinglichen Pflicht, p. 515.

465) Westermann, Sachenrecht, paragraphe 94 II, 1, p. 467-468.

466) Gierke, Deutsches Privatrecht, vol. II, 853.

467) Westermann, op. cit. paragraphe 94 II, 2, p. 468.

468) Baur, Sachenrecht, paragraphe 36 II, 2, p. 313.

En 1967, un auteur grec, M. Dimopoulos – Vosikis a publié dans la revue *Archiv für zivilistische Praxis* un article incitant la doctrine allemande à se saisir de la question de l'obligation réelle⁴⁶⁹). Il invoquait à l'appui de son plaidoyer l'expérience faite en France et en Suisse par les auteurs que nous avons nous-mêmes cités. Analysant l'article de M. Jost⁴⁷⁰) de 1956, M. Dimopoulos – Vosikis admet tout d'abord que les exemples tirés du droit suisse et se rapportant aux relations de voisinage n'ont peut-être pas de réelle pertinence en droit allemand⁴⁷¹); l'obligation réelle a par contre une signification dans le droit de gage. L'auteur cite comme premier exemple la subrogation dans le gage lors de la cession de créance (paragraphe 1251 al. 2 BGB). Il établit ensuite un catalogue de ce qu'il considère comme répondant en droit allemand à la qualification d'obligation réelle⁴⁷²). Tous ces cas appartiennent au droit de gage. La tentative de M. Dimopoulos – Vosikis n'a pas eu jusqu'à ce jour de vrais retentissements dans la doctrine allemande.

II – Signification de tests portant sur l'opposabilité aux tiers des créances réelles (Éléments de logique)

La règle que la présente étude tend à éprouver est celle en vertu de laquelle l'opposabilité aux tiers est une qualité caractéristique du droit réel.

Dans la pratique scientifique, cette qualité reconnue au droit réel sert à le distinguer et à l'opposer aux autres droits patrimoniaux que sont les créances civiles et qui sont sensés inopposables aux tiers. Cette qualité sert donc de critère de distinction.

Avec le *ius ad rem*, ou créance réelle, on se rend compte d'emblée et intuitivement avant de procéder à une analyse scientifique rigoureuse, que l'on se trouve en présence d'un droit patrimonial moyen, intermédiaire entre le droit réel et la créance civile. Nous avons vu, particulièrement au travers des idées exprimées dans la doctrine suisse, un certain nombre de caractéristiques du *ius ad rem* retenus par les auteurs pour le distinguer du droit réel (prestation positive d'une personne déterminée, prestation unique ou en nombre déterminé, etc.). D'autres caractéristiques servent à opposer le *ius ad rem* à la créance civile (désignation du débiteur par sa titularité d'un droit réel sur une chose ou de sa possession, etc.). Qu'en est-il de l'opposabilité aux tiers ? Nombre d'auteurs parlent d'obligation à effet réel pour définir le *ius ad rem*⁴⁷³). Le concept d'effet réel est particulièrement ambigu : il peut se rapporter simplement au lien du droit avec une chose déterminée; il semble parfois s'entendre comme synonyme d'opposabilité aux tiers. L'opposabilité aux tiers est-elle

469) Dimopoulos - Vosikis, *Zum Problem der dinglichen Pflicht* (Arch Ziv Prax 1967, 515).

470) Jost, *Die Reobligation als Rechtinstitut mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Sachenrechts*.

471) Dimopoulos - Vosikis, op. cit. p. 516-517.

472) op. cit. p. 531-533.

473) Par exemple: Piotet, *Le droit à l'hypothèque légale et le privilège de l'entrepreneur*, notamment quand l'immeuble est acquis par un tiers ou réalisé dans une exécution forcée, p. 201.

également une caractéristique de la créance réelle ? Cette caractéristique serait donc commune au droit réel et à la créance réelle, elle permettrait d'opposer ces deux droits à la créance civile troisième et dernier droit patrimonial du même genre connu à ce jour. Nous sommes ainsi amenés à envisager une autre règle scientifique : "l'opposabilité aux tiers est une qualité caractéristique du *ius ad rem*", cette règle ayant un point commun avec celle qui est l'objet de toute notre étude : chacune d'elles caractérise un droit subjectif à l'aide d'un élément commun à ces deux droits pour l'opposer à un troisième.

Il est évident que le résultat de *chacun des tests* auxquels nous allons soumettre la seconde règle ne nous sera pas directement utile à établir le degré de falsifiabilité de la première, c'est-à-dire de celle qui nous intéresse. Ce qui par contre nous sera utile, ce sera le résultat *général* de la mise à l'épreuve de la seconde règle, c'est-à-dire soit la réponse négative à la question portant sur la pertinence de cette règle, soit, au contraire, l'impossibilité d'atteindre un degré de falsifiabilité propre à faire conclure par la négative (cf. Position théorique, chapitre I, B, 1) la situation d'inaudible *oui* comme l'appelle Popper⁴⁷⁴).

Le choix entre les deux termes de cette alternative, nous l'avons vu, est relativement rapide à faire; ce qui serait long et nécessiterait une rigoureuse analyse, ce serait l'interprétation du degré de falsifiabilité de cette règle dans l'hypothèse où nous ne serions pas parvenu à la déclarer fausse : tel n'est bien sûr pas notre but ici.

Définissons maintenant les conséquences sur l'interprétation du degré de falsifiabilité de notre règle première de la réponse négative ou non négative apportée à la question portant sur la vérité de la seconde règle mise à l'épreuve.

Si nous parvenons à répondre *non*, l'opposabilité aux tiers n'est pas une qualité caractéristique du *ius ad rem*, notre règle portant sur le droit réel devra être tenue ou bien pour fausse elle-même (ce que nos 42 précédents tests semblent exclure) ou bien exclusivement juste (ou plutôt non fausse pour rester dans le cadre de la logique popperienne). Au niveau de l'interprétation de son degré de falsifiabilité, il sera important d'avoir ainsi pu établir que l'opposabilité aux tiers est un critère qui permet de distinguer le droit réel de *toutes* les formes de créances tant civiles que réelles.

Si, au contraire, nous ne parvenons pas à ce *non*, nous devons tenir compte du fait que l'opposabilité aux tiers ne sert pas à caractériser que le droit réel, ce qui affaiblira notre règle sous un de ses aspects.

III — Tests

A — Tests de droit français :

1. L'opposabilité aux tiers de la créance réelle découlant du titre dérogeant à la règle de l'art. 698 C. civ.

Test no 43

a — énoncé :

474) Popper, La logique de la découverte scientifique, p. 286.

L'exercice de certaines servitudes exige la construction d'ouvrages (par exemple pose de tuyaux pour l'exercice d'une servitude de prise d'eau). La construction et l'entretien de ces ouvrages est, à teneur de l'art. 698 C. civ., à la charge du propriétaire du fonds dominant "à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire". Lorsque le titre prévoit cette dérogation au principe légal, le propriétaire du fonds servant est donc tenu à une ou des prestations positives. Il n'est tenu à ces prestations qu'en tant qu'il est propriétaire du fonds servant, ce que confirme, comme le notent MM. Aubry et Rau⁴⁷⁵), l'art. 699 qui dispose que "Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujéti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujéti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due".

De même le propriétaire n'est plus tenu à cette obligation dès qu'il a cédé la propriété du fonds servant à un tiers, ce qui prouve que son obligation n'est pas liée à sa personne mais à sa qualité de propriétaire : il s'agit d'une obligation *ad rem*. La question se pose donc de déterminer si cette obligation est opposable aux tiers, c'est-à-dire à un quelconque acquéreur du fonds servant, potentiellement à l'universalité des sujets de droit.

b — *résultat dans l'hypothèse où l'obligation est fondée sur le titre d'établissement de la servitude :*

L'art. 698 C. civ. semble réserver à une clause du seul titre d'établissement la possibilité de fonder cette obligation *ad rem*; nous allons voir que la doctrine a étendu les sources possibles de cette obligation.

Dans le cas où l'obligation découle du titre d'établissement, on considère généralement que le droit du propriétaire du fonds servant est opposable aux tiers dans tous les cas, même sans inscription⁴⁷⁶). (Cette solution ne contredit pas l'art. 28 ch. 1 litt. a du décret-loi du 4 janvier 1955 puisque le droit du propriétaire du fonds dominant n'est pas ici un droit réel)⁴⁷⁷).

c — *résultat dans l'hypothèse d'un titre postérieur à l'établissement de la servitude :*

La doctrine majoritaire admet que la créance réelle du propriétaire du fonds servant peut avoir sa source dans un titre postérieur à la création de la servitude elle-même, mais que, dans ce cas, le titre est soumis à publication⁴⁷⁸). On peut justifier cette différence en rappelant que les servitudes établies par le fait de l'homme et fondées sur un titre doivent être elles-mêmes publiées.

Il existe donc des cas où la créance réelle du propriétaire du fonds dominant est inopposable aux tiers (de bonne foi ou même de mauvaise foi, cela

475) Marty et Raynaud, *Droit civil, les Biens*, no 162, p. 183.

476) Blin, *Servitudes conventionnelles, conditions d'exercice* n. 32 p. 5.

477) Aubry et Rau par Esmein, *Droit civil français*, tome deuxième no 253, p. 408.

478) Baudry - Lacantinerie et Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, no 1130 p. 861 (on parle alors encore de transcription selon la terminologie antérieure aux décrets de 1955). Blin, *op. et loc. cit.*

est l'objet de la querelle que nous avons déjà étudiée ci-dessus entre la jurisprudence qui exige la bonne foi et la doctrine majoritaire qui s'oppose à ces vues : test no 22, a, a — 1 : nous ne reviendrons pas sur le sujet).

d — nature de cette inopposabilité aux tiers :

Dans les cas où l'on admet que la créance réelle du propriétaire du fonds dominant n'est pas opposable aux tiers, il semble évident que c'est le droit lui-même qui disparaît avec le transfert de la propriété. On ne saurait en effet admettre la survivance éternelle d'un droit inopposable aux tiers et cela simplement parce qu'il n'a plus et n'aura jamais plus le moindre effet. Nous avons à faire à un cas d'inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé.

2. L'opposabilité aux tiers du droit du vendeur d'un immeuble de faire inscrire un privilège immobilier spécial (art. 2103 ch. 1 C. civ.) .

Test no 44

Il s'agit là d'un droit que nous avons pour notre part qualifié de créance réelle pour les raisons exposées ci-dessus (Section III, deuxième sous section I, B, 3, b, et test no 34) mais que la doctrine française considère comme un droit réel. Ce droit subsiste pendant une période de deux mois (art. 2108 C. civ.), après quoi il dégenère en droit de faire inscrire une hypothèque légale ou, si l'on préfère, il cesse d'être opposable (au sens du droit de préférence) aux créanciers privilégiés ou hypothécaires.

Le problème de l'opposabilité aux tiers de ce droit se présente sous les deux aspects du droit de suite et du droit de préférence.

a — droit de suite :

Lorsque l'acheteur revend l'immeuble à un tiers et que le droit de ce dernier est publié, le droit du premier vendeur de faire inscrire son privilège est-il opposable à ce tiers ? La loi répond clairement à cette question (art. 2147 al. 1 C. civ.) en déclarant ce droit opposable aux tiers pendant le délai prévu par l'art. 2108. Il s'agit d'une dérogation au principe de l'absence d'effet des sûretés avant leur inscription, principe voulu par le décret du 4 janvier 1955.

b — droit de préférence :

L'hypothèse est ici celle où le propriétaire acheteur est, avant l'inscription du privilège de son vendeur, l'objet d'une saisie immobilière ou d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation de biens. Le vendeur peut-il imposer cette inscription aux créanciers saisissant ou à la masse ? M. Nerson remarquait en 1955 que la solution de cette question n'était pas claire⁴⁷⁹). L'art. 2147 al. 3 dans sa version du 4 janvier 1955 était ainsi rédigé :

479) Nerson, La réforme de la publicité foncière, p. 153.

“L’inscription du privilège produit les effets réglés par les dispositions du Code de procédure civile, du Code de commerce et des lois sur la liquidation judiciaire. Elle ne produit aucun effet si elle est prise dans le délai pendant lequel les actes faits avant l’ouverture des faillites sont déclarés nuls”.

La phrase finale semble signifier que toute inscription prise en temps suspect ne produira désormais aucun effet, mais depuis le décret du 4 janvier 1955 est intervenu le décret no 55-583 du 20 mai 1955, relatif aux faillites et règlements judiciaires (D. S. 1955. 237 et s.) : l’art. 43 de ce décret précise que les droits d’hypothèque . . . et de privilège valablement acquis peuvent être inscrits jusqu’au jour du jugement prononçant la faillite ou le règlement judiciaire; néanmoins, les inscriptions prises après la date de la cessation des paiements, ou dans les quinze jours qui précèdent, peuvent être déclarés inopposables à la masse, s’il s’est écoulé plus de quinze jours entre la date de l’acte constitutif de l’hypothèque ou du privilège et celle de l’inscription⁴⁸⁰).

Le problème ainsi soulevé ne se pose plus aujourd’hui dans les mêmes termes à la suite de deux modifications législatives. La première a consisté à supprimer la seconde phrase de la disposition en cause (“Elle ne produit aucun effet si . . .”) ce qu’a fait l’ordonnance no 59-71 du 7 janvier 1959. La seconde a été l’introduction de la loi no 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens. L’art. 29 de cette dernière loi énumère les actes inopposables à la masse. Quant aux sûretés réelles légales, seule l’hypothèque légale des époux est déclarée inopposable à la masse. Le droit du vendeur d’immeuble de faire inscrire son privilège reste donc opposable à la masse dans les délais légaux. Ces délais échus, il disparaît.

B — Tests de droit suisse :

1. L’opposabilité aux tiers de la créance réelle de l’entrepreneur en inscription d’une hypothèque légale (art. 837 ch. 1 et 839 CCS)

Test no 45

a — *droit de suite* :

Le propriétaire fait exécuter des travaux sur son immeuble; moins de trois mois après l’achèvement desdits travaux, il vend l’immeuble et la mutation est inscrite au registre foncier. Avant la fin du délai de trois mois, l’entrepreneur peut-il exiger du nouveau propriétaire qu’il fasse inscrire son hypothèque (qui est en fait un privilège immobilier spécial nous le savons : section III, deuxième sous-section I, c, 3, et test no 37) ? Notre introduction à la théorie du *ius ad rem* en Suisse nous a déjà amené à traiter la part la plus importante du présent sujet (I, C, 3). Nous nous contenterons donc de rappeler ici les règles que nous avons dégagées. Selon le commentaire de Leemann, le droit de l’entrepreneur à l’inscription d’une hypothèque légale est opposable à tous les tiers acquéreurs de l’immeuble, c’est-à-dire aux mêmes conditions que l’hypothèque elle-même après son inscription au registre foncier.

480) Nerson, op. et loc. cit.

Selon le commentaire d'Homberger, auquel se rallie la jurisprudence et la quasi totalité de la doctrine actuelle, ce droit n'est opposable qu'aux tiers de mauvaise foi. En pratique les tiers de bonne foi, auxquels le droit de l'entrepreneur est donc inopposable, ne peuvent exister qu'à titre exceptionnel : il est en effet difficile de concevoir que l'on puisse acquérir un immeuble construit ou réparé moins de trois mois auparavant sans se rendre compte d'une façon non fautive de ce fait. La créance réelle de l'entrepreneur est donc inopposable à ces quelques tiers de bonne foi (cf. solution contraire en droit français dans un cas très analogue : test no 44). Cette inopposabilité s'entend au sens secondaire et dérivé : on ne saurait en effet prétendre que le droit subsiste pendant la période légale de trois mois, mais n'est pas opposable aux tiers qui a acquis l'immeuble de bonne foi : ce droit n'a plus aucun effet perceptible à la raison humaine.

b — droit de préférence dans la faillite :

La seconde hypothèse où peut se poser la question de l'opposabilité aux tiers du droit de l'entrepreneur à l'inscription d'une hypothèque légale est celle où le propriétaire de l'immeuble tombe en faillite dans les trois mois qui suivent l'achèvement des travaux, alors que l'entrepreneur n'a pas encore requis l'inscription de son hypothèque.

L'entrepreneur peut-il imposer à la masse l'inscription de son "hypothèque" ?

La grande majorité de la doctrine suisse estime que le droit de l'entrepreneur à l'inscription d'une hypothèque légale est opposable à la masse en faillite.

C'est le cas par exemple de Leemann⁴⁸¹), ce qui peut d'ailleurs sembler nécessaire par rapport à la logique de ses solutions. (Voir aussi MM. Liver⁴⁸²) et Neuenschwander⁴⁸³) pour ceux qui abordent directement la question). Seul M. Piotet se distingue sur ce point. Il constate tout d'abord la tendance de la doctrine (après un bref rappel d'une jurisprudence de cas d'espèce et peu explicite)

"... la majorité des auteurs — admettant soit une 'prétention réelle' ou 'à effet réel', soit une obligation propter rem simple — ont estimé que l'inscription peut être requise contre la masse en faillite, à laquelle elle est opposable. De même, l'inscription postérieure à la saisie ou au concordat est opposable aux créanciers bénéficiant de ces mesures"⁴⁸⁴).

Il refuse ensuite l'opposabilité à la masse en faillite en se fondant sur une classification des créances réelles opérée par M. Deschenaux et qui distingue les créances du type de celle de l'entrepreneur en inscription d'une hypothèque légale et d'autres créances issues d'une inscription au registre foncier (M. Piotet n'indique pas sa source mais il se réfère apparemment à l'article de M. Deschenaux de 1962 à la RNRF⁴⁸⁵) le renforcement des secondes étant plus fort que celui

481) Leemann, n. 28-29 ad art. 837 CCS.

482) Liver, Berner Kommentar; allgemeine Einleitung n. 157.

483) Neuenschwander, Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code civil und im Schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts, no 5 p. 251.

484) Piotet, Le droit à l'hypothèque légale et le privilège de l'entrepreneur, notamment quand l'immeuble est acquis par un tiers ou réalisé dans une exécution forcée, p. 200.

485) Deschenaux, Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le registre foncier.

des premières : nous aurons l'occasion plus loin de revoir cette question. Il écrit :

"Seul un droit réel l'emporte sur les droits des créanciers dans l'exécution forcée. Les droits d'exécution forcée sont également de nature réelle et ont donc un rang postérieur à celui des droits réels existant avant eux. Qu'elle soit ou non propter rem, l'obligation de constituer l'hypothèque légale n'est pas plus opposable à la masse en faillite que l'obligation conventionnelle de constituer un gage sur un immeuble du failli.

(...)

Il découle logiquement de la nature absolue des droits réels et des droits de réalisation forcée sur une chose : sauf dérogation légale, un droit ne peut, en effet, être restreint dans son exercice sans le consentement de son titulaire; et, comme un droit réel ou d'exécution forcée est opposable à tous, on ne peut, sans le consentement de son titulaire, supprimer cette opposabilité à un tiers en créant après coup un droit réel en faveur de ce tiers" 486).

Dans l'arrêt *Masse en faillite Denierre contre Python* du 6 février 1969 487) assez peu motivé sur ce point, si ce n'est justement par référence à l'arrêt *Robusti*, le Tribunal fédéral trancha dans le sens de la doctrine dominante contre M. Piotet. Celui-ci répondit dans le *Journal des Tribunaux* de 1970 par un nouvel article (qui étendait d'ailleurs la portée de ses réflexions sur l'art. 837 au cas très spécial de la construction sur le fond d'autrui).

"Nous croyons avoir démontré (RNRF 1968, p. 193 ss.) que l'hypothèque légale inscrite (provisoirement ou définitivement) au registre foncier après la faillite, la saisie ou le concordat n'est pas opposable aux créanciers bénéficiant de ces mesures. Mais le TF (RO 95 II 221 s. = JdT 1970 I 157 et 149 ss, c. 3), qui n'examine pas nos autres arguments — à vrai dire secondaires — n'a pas compris notre raisonnement principal, exposé peut-être de façon trop concise, voire un peu elliptique, et admet — avec Liver (voir notamment RJB 1962, p. 234 ch. 6, et 1968, pp. 26-27) et d'autres auteurs — la solution contraire. Essayons de nous expliquer encore une fois.

(...)

Comme telle l'obligation *propter rem* (savoir l'obligation dont le débiteur est déterminé par la titularité d'un droit réel ou par la possession d'une chose) ne confère à son créancier aucune priorité sur les autres.

(...)

Mais certaines obligations *propter rem* (comme d'ailleurs certaines obligations ordinaires) jouissent en vertu d'une écriture au registre foncier (annotation selon les art. 959 ou 960 al. 1er ch. 1 CC, notamment) ou de par la loi (par exemple, art. 682 CC) d'un renforcement réel, qui leur confère un rang et les rend opposables — notamment dans la faillite du propriétaire" 488).

L'argument de M. Piotet fondé sur le postulat en vertu duquel l'opposabilité aux tiers est un élément caractéristique du droit réel (et non de la créance réelle ! . . .) est resté sans réponse dans la doctrine et la jurisprudence. Notre position sera contenue dans le résultat de l'ensemble de la présente étude. . .

Nous devons donc conclure que le droit des artisans et entrepreneurs à l'inscription d'une hypothèque légale est opposable à la masse en faillite du propriétaire de l'immeuble (droit de préférence).

486) Piotet, op. cit. p. 200-201.

487) ATF 95 II 31.

488) Piotet, L'entrepreneur a-t-il le droit à l'hypothèque légale en cas de construction sur le fond d'autrui et de faillite du propriétaire ? p. 132-134.

2. l'opposabilité aux tiers des droits personnels annotés au registre foncier (art. 959 CCS).

Test no 46

a — *Qualification de ius ad rem* :

Une doctrine très largement majoritaire considère aujourd'hui que les droits qualifiés de *droits personnels annotés au registre foncier* (art. 959 CCS) sont, du fait de leur annotation, à classer parmi les créances réelles. Ils entrent en effet dans la définition d'obligation à une ou des prestations positives dont le débiteur est déterminé par son droit de propriété sur une chose. La loi les oppose clairement d'autre part (art. 958) à la propriété et aux droits réels qui, eux, sont *inscrits* au registre foncier.

Voir à ce sujet le catalogue des créances réelles dressé par M. Liver⁴⁸⁹), ainsi que plusieurs articles de MM. Deschenaux⁴⁹⁰), Piotet⁴⁹¹) et Meier-Hayoz⁴⁹²), ainsi que la thèse de M. Scacchi⁴⁹³) (cf le commentaire de Wieland antérieur à la théorie du *ius ad rem* où l'on peut lire :

“ ‘Les droits personnels peuvent être inscrits au registre foncier et deviennent ainsi opposables à tout droit postérieurement acquis’, en d’autres termes, l’annotation au registre foncier déploie des effets réels. Elle assure la réalisation d’un droit personnel comme s’il était réel. C’est ainsi, par exemple, que l’annotation du bail assure les droits du bailleur contre un acquéreur subséquent de l’immeuble, bien que le contrat ne confère des droits qu’à l’égard du bailleur. Le droit personnel annoté n’a toutefois d’effet que vis-à-vis d’un droit postérieurement acquis, autrement dit d’un droit dont un tiers est devenu titulaire depuis l’annotation. Celle-ci notamment permet au preneur de faire valoir contre un futur acquéreur, et non contre le bénéficiaire ou ses successeurs d’un droit de gage constitué déjà avant elle”⁴⁹⁴).

A noter qu’ainsi, sur le plan purement pratique, la théorie du *ius ad rem* n’a rien apporté à l’interprétation de l’art. 959 qui ne découlât déjà du seul texte de la loi.

b — *résultat du test* :

b — 1 : droit de suite contre tout propriétaire de l’immeuble :

Le droit de suite du titulaire d’un droit personnel annoté au registre foncier, c’est-à-dire sa possibilité de le faire valoir contre quelque propriétaire de l’immeuble que ce soit, ne pose guère de problèmes : bénéficiant de la foi publique

489) Liver, *Die Realobligation*, p. 282.

490) Deschenaux, *Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le registre foncier*, particulièrement p. 284 et ss.

491) Piotet, - *Des effets de l’annotation au registre foncier de rapports de droit personnels*. - A propos de l’annotation des droits personnels au registre foncier. - De quelques effets de l’annotation au registre foncier d’un pacte de préemption. - *Les effets typiques des annotations au registre foncier*.

492) Meier-Hayoz, *Der Vorkauf*, particulièrement p. 262-263.

493) Scacchi, *L’obligation propter rem* et les droits personnels annotés au registre foncier.

494) Wieland, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, art. 959 p. 491.

attachée au registre foncier, la créance réelle ainsi établie est opposable à tout propriétaire de l'immeuble.

b — 2 : droit de préférence :

Comme le note Wieland dans le passage précité, le droit personnel inscrit au registre foncier est inopposable aux titulaires de droits réels limités inscrits ou d'autres droits personnels annotés antérieurement.

Cette inopposabilité aux tiers s'entend au sens propre puisque l'absence d'effet du droit à l'égard de certains tiers ne met nullement en cause l'existence du droit lui-même. Les tiers qu'elle concerne sont un nombre prédéterminé de personnes qui ne représentent potentiellement ni l'universalité des sujets de droit ni une partie de cette universalité.

La règle en vertu de laquelle l'opposabilité aux tiers est une caractéristique de la créance réelle est ainsi falsifiée.

On doit constater, et cela est de toute première importance dans la perspective de notre démarche, que le fondement de cette inopposabilité aux tiers d'une créance réelle est le même que celui de l'inopposabilité des droits réels d'hypothèque à certains tiers (test no 38).

3. appendice : l'opposabilité aux tiers d'une créance réelle peut-elle contenir le transfert de la qualité de partie à un contrat ? (cas de l'annotation d'un bail)

Parmi les droits que la loi permet d'annoter au registre foncier, se trouve le droit de bail à ferme ou à loyer. C'est donc le droit du preneur à l'usage de l'immeuble qui se trouve ainsi opposable à un quelconque propriétaire de celui-ci (cf. art. 253 CO).

Il convient à ce propos de présenter rapidement ici un problème théorique intéressant dans notre perspective qu'a soulevé la doctrine. Le bail est un contrat. Par définition, le contrat a sa source dans la volonté commune des parties (art. 1 CO). Est-il alors possible de dire que le propriétaire acquéreur d'un immeuble pour lequel est annoté un bail à loyer se trouve partie au contrat de bail même contrairement à sa volonté ? Doit-on, au contraire, analyser l'obligation du propriétaire de souffrir le locataire d'une autre façon ? La doctrine traite la question, avec raison à notre sens, par référence à la solution adoptée pour l'inscription d'autres contrats qui, eux, concernent le droit de propriété même de l'immeuble, tels les contrats de préemption, d'emption ou de réméré.

Nous avons vu notamment que, depuis l'arrêt Chiesa⁴⁹⁵), le Tribunal fédéral considère que, dans le cas de l'annotation d'un droit de préemption, celui qui acquiert l'immeuble de son propriétaire en violation du droit de préemption annoté devient lui-même débiteur de l'obligation de transférer la propriété de l'immeuble. Ce qui fait écrire à M. Piotet :

“Si l'on admet, avec nous, que l'annotation des pactes d'emption, de préemption et de réméré attache à la propriété la qualité de partie au contrat, il apparaît déjà que l'annotation du bail doit avoir un effet semblable”⁴⁹⁶).

495) ATF 90 II 147.

496) Piotet, Des effets de l'annotation au registre foncier de rapports de droit personnels, p. 425.

On pourrait pourtant objecter ici que l'identité des deux situations n'est pas parfaite. Dans le cas du pacte de préemption particulièrement, l'acquéreur de l'immeuble n'est pas obligé à la même prestation que le propriétaire initial; on ne peut pas dire ainsi qu'il est subrogé à lui dans le contrat. Le propriétaire initial voit, par le contenu de son obligation, son droit de disposer de la propriété restreint. Son obligation est de ne pas vendre sans autre à l'acheteur de son choix. L'obligation de l'acquéreur est de transférer la propriété de la chose au titulaire du droit de préemption à la demande de ce dernier. Dans le contrat de bail, le nouveau propriétaire remplace le précédent comme bailleur. On pourrait à la rigueur, estimer que l'obligation de l'acquéreur de la propriété d'un immeuble grevé d'un droit de préemption est fondée sur la violation (illicite ?) d'un droit; ce qui n'a pas de sens dans le cas de l'annotation d'un droit de bail. (Peut-être conviendrait-il alors d'interpréter le droit d'emption comme le droit de bail annoté, à l'opposé du droit de préemption). C'est là un champ d'investigation fort intéressant qui, à notre sens, n'a jamais été sérieusement exploré. Nous ne saurions nous attacher à un tel volumineux travail étant donné le peu d'éléments qu'il pourrait apporter à notre présente recherche.

M. Piotet appuie son opinion sur d'autres arguments. L'un est purement formel mais non dénué de pertinence.

"On peut relever aussi que le législateur parle toujours de l'annotation du bail, et non de celle du droit de jouir des lieux loués. Nous n'y attachons cependant pas d'importance, car la terminologie de notre code est imprécise et l'expression choisie est la plus courte et la plus pratique" 497).

Le troisième argument de M. Piotet est fondé d'une façon très subtile sur le droit des obligations.

"Un argument plus fort nous paraît, en revanche, pouvoir être tiré de l'art. 259 al. 2 CO (ainsi que de l'art. 281 al. 2 CO). En vertu de cette disposition, l'acquéreur de l'immeuble 'doit respecter le bail jusqu'au plus prochain terme légal de congé, et il est réputé en avoir assumé la continuation s'il ne le dénonce pas.' Le législateur veut donc faciliter la substitution de l'acquéreur à l'aliénateur, comme bailleur. Cette substitution se produit de par la loi, si l'acquéreur ne dénonce pas le bail" 498).

On pourrait cependant objecter ici que l'analogie n'est une fois de plus que toute relative car le fait de *ne pas dénoncer le bail* est pour le moins une ratification tacite qui fait bien du nouveau propriétaire une partie au contrat selon la théorie générale des obligations (l'analogie existe, il est vrai, pour la continuation du bail *jusqu'au plus prochain terme légal de congé*).

M. Deschenaux semble, quant à lui, plus réservé sur ce transfert de la qualité de partie au bail lorsqu'il écrit :

"L'obligation propter rem prend fin pour le débiteur lorsqu'il aliène l'immeuble ou transfère le droit réel auquel elle était liée. L'obligation existe dès lors à la charge du nouveau propriétaire ou du nouveau titulaire du droit concerné. Il ne s'opère pas une reprise de dette légale : l'obligation s'éteint pour l'ancien débiteur avec la perte du droit; elle naît ou renaît *ab ovo* pour l'acquéreur. C'est ce qui se passe par exemple lors de l'aliénation de l'immeuble grevé d'une servitude comportant une obligation de faire" 499).

497) Piotet, op. et loc. cit.

498) Piotet, op. et loc. cit.

499) Deschenaux, Les obligations dites réelles et leur rapport avec le registre foncier, p. 300.

M. Jäggi est d'une opinion absolument contraire⁵⁰⁰) mais il convient de préciser qu'il rejette aussi le transfert de la qualité de parties aux obligations découlant du pacte de préemption (cf. arrêt Chiesa précité).

Nous n'allongerons pas ici notre étude de ce problème spécial et, sans prétendre apporter d'éléments nouveaux, nous nous rallierons à l'opinion défendue par M. Piotet (que celui-ci nomme théorie nouvelle, par opposition à la théorie ancienne, celle des anciens commentaires, de MM. Deschenaux et Jäggi). Nous pensons pouvoir le faire sur la base des deuxième et troisième arguments de M. Piotet. Le législateur parle d'une annotation du droit de bail et non du droit de jouir de la chose. La qualité de partie à un contrat peut découler d'une ratification dudit contrat à ce titre. Connaissant l'existence d'un droit de bail annoté, qu'il ne saurait ignorer, et sachant qu'ainsi il sera légalement le nouveau bailleur, on peut penser que, du seul fait de l'acquisition de la propriété de l'immeuble, l'acquéreur ratifie le contrat.

Ce bref abord de la question du transfert de la qualité de partie au bail annoté au registre foncier nous aura permis d'illustrer pour la première fois le contenu possible de la notion d'opposabilité aux tiers d'une créance (*constituée par le droit à une prestation positive*), et ces considérations resteront utiles pour l'opposabilité aux tiers des créances civiles à laquelle nous consacrerons la dernière partie de notre étude systématique.

IV : Conclusion : valeur de la règle selon laquelle l'opposabilité aux tiers est une qualité caractéristique de la créance réelle.

Le but de la présente section (défini sous ch. II) était d'éprouver une règle secondaire et parallèle à celle qui est l'objet de l'ensemble de notre étude, afin de déterminer si celle-là devait être considérée comme fausse. Une solution dans le sens de la fausseté serait contraire à celle qui semble apparaître pour la mise à l'épreuve de notre règle principale et l'en distinguerait par conséquent, alors qu'une absence de conclusion dans le sens de la fausseté nous permettrait d'assimiler en principe, et sous réserve de recherches ultérieures qui sont toujours à même de remettre en cause les résultats acquis⁵⁰¹), les deux règles en fonction desquelles l'opposabilité aux tiers est une caractéristique d'une part du droit réel, d'autre part de la créance réelle.

A propos des créances réelles résultant de l'annotation de droits personnels au registre foncier en droit suisse, (notre test no 46) MM. Deschenaux et Piotet affirment, chacun à sa façon, que l'opposabilité aux tiers très générale (au sens du droit de suite, dirions-nous) dont bénéficie ce droit *n'est pas une conséquence* de son caractère de créance *réelle* qui n'a de réel que le nom, mais une conséquence des règles propres au registre foncier, et M. Deschenaux d'écrire :

"Il ne faut pas confondre avec l'obligation réelle l'effet dit réel ou l'effet renforcé attaché à l'annotation (art. 959 al. 2). L'obligation réelle ne produit pas, comme telle, un semblable effet, puisque la connexion réelle ne sert qu'à désigner le ou les sujets du rapport juridique.
(...)

500) Jäggi, Ueber das vertragliche Vorkaufsrecht, p. 73-74.

501) Popper, La logique de la découverte scientifique p. 29.

Selon la doctrine apparemment dominante, l'annotation des droits personnels visés par l'art. 959 en fait des droits propter rem, mais – si cela est vrai – c'est indépendamment de l'effet renforcé dont elle les dote" 502).

Quant à M. Piotet, désireux de défendre à tout prix le postulat de l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel à l'exclusion de la créance réelle, il explique l'opposabilité aux tiers des droits personnels annotés au registre foncier (bien sûr tout à fait anormale dans sa perspective) par ce qu'il considère comme l'existence d'un droit réel accessoire à la créance dans ce cas :

"La conception floue que la doctrine suisse a de l'effet typique de l'annotation constitutive l'empêche de voir clairement les conséquences de cet effet. Le droit personnel protégé est considéré comme un droit en partie personnel et en partie réel, si bien qu'on ne sait pas s'il doit, sur tel ou tel point précis, être assimilé à un droit réel pur ou à un droit personnel pur. Pour nous, tout est simple : le droit réel créé par l'annotation, droit qu'on peut appeler avec le législateur "restriction du droit d'aliéner", est traité comme un autre droit réel. Et, dans la mesure où son caractère accessoire joue un rôle, il est traité à bien des égards comme un droit de gage" 503).

(...)

"L'annotation crée toujours un droit réel accessoire (appartenant au titulaire du droit annoté et dépendant de ce droit pour son existence et son contenu), qui double le droit personnel protégé" 504).

M. Deschenaux a sans doute parfaitement raison d'affirmer que ce n'est pas du caractère "réel" du droit personnel inscrit au registre foncier que découle son opposabilité aux tiers; la construction compliquée de M. Piotet, qui est la conséquence d'une réflexion analogue, nous semble par contre superflue.

La constatation faite par ces deux auteurs, à laquelle sur le fonds nous ne pouvons que souscrire, ne nous semble cependant pas apporter d'éléments décisifs dans la théorie de l'opposabilité aux tiers de la créance réelle en regard de celle du droit réel. Si l'opposabilité aux tiers de la créance réelle (droit de suite), tient moins à sa nature qu'à des règles formelles du droit de la publicité foncière ou de la possession, cela n'est-il pas vrai souvent aussi de l'opposabilité aux tiers du droit réel ? Nombre de nos précédents tests en peuvent témoigner. Enfin la jurisprudence suisse admet l'opposabilité à la masse en faillite du droit des artisans et entrepreneurs à faire inscrire leurs hypothèques légales 505) (test no 45, b) et cette opposabilité là ne peut guère découler que de la *qualité propre* du droit en cause. (Il est vrai que M. Piotet combat vigoureusement cette solution du Tribunal fédéral) 506).

Quant aux quatre tests que nous avons consacrés à l'opposabilité aux tiers de créances réelles, nous avons constaté soit l'opposabilité aux tiers de ces droits (test no 45 b), soit, dans certaines circonstances particulières, leur inopposabilité liée à des problèmes de possession ou de publicité foncière (test no 43, 44 et 45 : il s'agissait alors seulement d'une inopposabilité aux tiers au sens secondaire et dérivé).

502) Deschenaux, Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le registre foncier, p. 284.

503) Piotet, Les effets typiques des annotations au registre foncier, p. 51-52.

504) Piotet, op. cit. p. 74.

505) ATF 95 II 31 (précité).

506) Piotet, L'entrepreneur a-t-il le droit à l'hypothèque légale en cas de construction sur le fonds d'autrui et de faillite du propriétaire, p. 132-134 (précité).

Le seul cas d'inopposabilité aux tiers au sens propre (test no 46, b, b 2) que nous ayons pu formellement relever était lié aux règles établissant le rang des droits immobiliers et nous avons remarqué, à cet égard, la parenté de la situation d'inopposabilité aux tiers de ce droit et de celle des droits réels d'hypothèque.

Rien ne nous permet d'établir la fausseté de la règle selon laquelle l'opposabilité aux tiers est une caractéristique du *ius ad rem* même si nous admettons qu'*a priori* la qualification de créance réelle (ou de *droit réel* !) n'a pas toujours pour conséquence de déterminer les conditions d'opposabilité aux tiers de ces droits : l'absence partielle et casuistique, de cette conséquence constitue justement ce que nous appelons, avec Popper, le degré de falsifiabilité de la règle scientifique (Position théorique, chapitre I, B, 1).

SECTION V

L'opposabilité aux tiers des créances civiles

I — Partie générale : position de la démarche

A — Éléments de logique.

L'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel avons-nous remarqué, est avant tout un critère destiné à l'opposer au droit de créance ou droit personnel, lequel est sensé être inopposable aux tiers (section IV, II; cf. art. 1165 C. Civ.). Chaque cas découvert de créances opposables aux tiers a donc pour effet de falsifier *directement* notre règle. (ce qui n'était pas le cas, rappelons le, de l'opposabilité aux tiers de créances réelles). Nos tests, en d'autres termes, seront contraposés et la *recherche du non* à notre règle, recherche conforme à la méthode de Popper⁵⁰⁷), sera une recherche du *oui* au même principe appliqué à son contraire.

B — La notion de l'opposabilité aux tiers appliquée aux créances civiles

1. Définition du domaine de recherche :

Il est banal de dire que les créances civiles sont un ensemble de droits patrimoniaux d'une nature très différente des autres, indépendamment de la question qui nous intéresse de leur opposabilité aux tiers. Si les droits réels sont en nombre déterminé dans l'ordre juridique (*numerus clausus*) et si, comme l'admet généralement la doctrine, il en va de même des créances réelles, les créances civiles ne sont *a priori* déterminées ni par leur genre, ni par leur source, ni par leur contenu; leur classification et leur analyse est l'objet d'une des plus importantes branches de la science juridique, la *théorie générale des obligations*.

507) Popper, La logique de la découverte scientifique, p. 286.

On voit ainsi d'emblée que ces droits regroupés sous l'appellation de créances civiles ne peuvent pas tous être comparés aux droits réels, et cela simplement parce qu'ils en diffèrent par trop quant à leur objet.

Dans certains cas, la notion même d'opposabilité aux tiers serait à peu près dépourvue de sens (Que pourrait par exemple signifier l'opposabilité aux tiers de la créance en réparation du dommage consécutif à un délit civil ?).

Dans d'autres cas, la notion d'opposabilité aux tiers est concevable en soi mais ne présente guère d'intérêt dans notre perspective puisque la créance en cause n'a aucun rapport avec une chose et ne saurait ainsi être comparée avec un droit réel (cf. responsabilité délictuelle pour débauchage : art. 23 a, Livre I du Code du travail français que la doctrine traite généralement comme un cas d'opposabilité aux tiers d'une obligation civile 508).

Pour éviter de nous perdre ainsi dans des considérations étrangères à notre objectif, nous nous proposons tout d'abord de nous en tenir à l'examen de l'opposabilité aux tiers de créances qui ont leur source dans la convention à l'exclusion de toutes les autres sources (délit, enrichissement sans cause ou illégitime, etc.).

D'autre part, nous nous en tiendrons, parmi ces créances contractuelles, à celles qui sont déterminées par rapport avec une chose (celles que Pothier appelait *ius ad rem* par opposition au droit réel ou *ius in re* 509).

Les créances de ce type sont de deux sortes : il y a tout d'abord les créances en transfert de la propriété ou en création d'un droit réel sur une chose. Ces créances existent en droit allemand et en droit suisse et sont en principe inconnues du droit français moderne (exception faite de la créance en transfert d'un droit réel *a non domino* que nous laisserons de côté (cf. test no 2, a, a-2.) 510). La seconde catégorie est celle des créances personnelles relatives à une chose. (Créance du locataire, créance de l'emprunteur du prêt à usage, etc.). Les créances de ce type existent dans les trois systèmes juridiques qui nous servent de référence.

C'est bien à ces créances civiles en transfert de droits réels sur une chose, ou en prestations personnelles par rapport à une chose, que se réfère la doctrine qui distingue les créances des droits réels sur la base du critère de l'opposabilité aux tiers.

2. Les réflexions de la doctrine française sur le thème de l'inopposabilité aux tiers des conventions :

Marquée par la formulation de l'art. 1165 C. civ. et les abus qui en ont découlé, la doctrine française contemporaine s'est très souvent employée à réfuter le principe de l'inopposabilité aux tiers des conventions qui semble découler de cette disposition légale 511). Il convient que nous consacrons ici

508) Marty et Raynaud, Droit civil, Les obligations, no 245 p. 225.

509) Pothier, Coutumes d'Orléans, p. 53, paragraphe IV no 108.

510) Carbonnier, Droit civil - Les Biens, no 76, p. 265.

511) Marty et Raynaud, Droit civil, Les Obligations no 244 ss, p. 224 ss. Aussel, Essai sur la notion de tiers en droit civil français, no 58 p. 73. Starck, Droit civil, Les obligations no 1951 ss, p. 578 ss.

une brève réflexion à cette position de la doctrine française afin d'éviter tout malentendu.

Qui dit inopposabilité aux tiers des *créances* civiles ne dit pas inopposabilité aux tiers des *conventions* qui les fondent et l'assimilation, par ellipse, de l'une à l'autre est un abus de langage (analogue d'ailleurs à l'abus de termes de l'art. 1138 C. civ. lorsqu'il dispose que l'obligation de livrer la chose transfère la propriété alors que c'est la *convention* qui a cet effet).

On peut même, à la limite, se demander si le concept d'opposabilité aux tiers d'une convention a un sens quelconque : l'opposabilité est une qualité, une prérogative particulière liée à un droit subjectif ; or la convention est un *fait objectif* de nature juridique. C'est pour corriger cette erreur que la doctrine française actuelle dit que la convention est opposable aux tiers parce que nul ne saurait ignorer les faits.

Le contrat de vente en droit français, nous l'avons vu, a pour effet à lui seul de transférer la propriété de la chose (art. 1138 C. civ.). Quant à cet effet, le principe de l'*inopposabilité aux tiers des conventions* est dépourvu de sens.

Un bien est vendu. Quel est l'objet essentiel d'une telle convention, sinon le transfert de propriété, c'est-à-dire d'un droit opposable à tous ? Tous devront donc respecter la propriété de l'acquéreur. Comment peut-on dire dans ces conditions que le contrat n'est pas opposable aux tiers ? 512)

Ce dernier passage est extrait d'un article, paru à la Revue trimestrielle de droit civil en 1934, de M. Savatier, qui se trouvait ainsi l'un des premiers à soulever le problème de l'art. 1165 C. civ. dans son entier.

Son analyse est tout à fait complète lorsqu'il écrit :

En définitive, les seules conventions pour lesquelles l'article 1165 ait un sens, ce sont celles qui créent ou qui éteignent des obligations. La constatation de l'effet relatif des contrats est ainsi bien près de se ramener à celle de l'effet relatif des obligations. Ces dernières ne sont-elles pas, par définition, des droits personnels, ne créant de lien qu'entre le créancier et le débiteur ? Encore faut-il, pour qu'un contrat créateur ou extinctif d'obligations n'ait pas, de plein droit, d'effet à l'égard des tiers, que ce contrat ne soit pas d'une nature mixte, c'est-à-dire ne produise pas un des autres effets, nécessairement absolus, qui viennent d'être examinés. Ces contrats mixtes sont évidemment fort nombreux : la vente est un contrat créateur d'obligations, mais elle est aussi translatrice de droits. Le mandat fait, lui aussi, naître des obligations entre le mandant et le mandataire, mais il est en même temps un principe de représentation.

Enfin, s'en tiendra-t-on aux contrats créateurs ou extinctifs d'obligations, l'inopposabilité aux tiers est loin d'y apparaître comme une règle absolue. C'est même pour ces contrats, seuls compatibles avec l'article 1165, qu'il convient le plus nécessairement de l'étudier de près, et d'en limiter la portée. Ces sortes de contrats n'auraient d'effet absolument relatif qu'à deux conditions : 1° il faudrait qu'ils ne créent ou n'éteignent d'obligations qu'à l'égard des parties ; 2° il serait nécessaire que l'obligation créée ou éteinte n'ait d'effet qu'entre le créancier et le débiteur 513).

“ . . . les seules conventions pour lesquelles l'art. 1165 ait un sens, ce sont celles qui créent ou qui éteignent les obligations”, parce que justement ce sont *les obligations* qui sont inopposables aux tiers et non les contrats qui les créent ou qui ont encore d'autres effets.

512) Savatier, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, no 1 p. 525.

513) Savatier, op. cit. no 4 p. 529.

La position de la doctrine contemporaine française ne met donc pas en cause le principe de l'opposabilité aux tiers des obligations et tout le débat ainsi soulevé a son origine dans une imprécision terminologique du code.

3. l'opposabilité aux tiers des créances civiles se rapportant à une chose se manifeste par un droit de suite :

Pour les créances, telles celles du locataire, constituées par un droit personnel se rapportant à une chose, l'opposabilité aux tiers du droit du créancier se manifeste par la faculté de recevoir la prestation relative à la chose de quelque personne à qui appartienne cette chose.

Pour les créances en transfert de la propriété ou en création d'un droit réel des droits allemand et suisse, l'opposabilité de la créance s'entend du droit du créancier d'exiger le transfert de la propriété de n'importe quel propriétaire de la chose.

Il s'agit dans les deux cas d'un droit de suite. Les tiers en cause sont l'universalité des sujets de droits.

II — Tests

A — L'opposabilité aux tiers du droit de l'acheteur au transfert de la propriété de la chose en droit allemand et en droit suisse :

Test no 47

1. Enoncé :

Le problème ainsi qualifié est concrétisé dans la *double vente*, problème dont nous connaissons déjà l'énoncé par le test no 1 consacré à la même hypothèse en droit français (où il s'agit de l'opposabilité aux tiers d'un droit réel étant donné l'effet réel de la vente dans le système français).

Le vendeur passe un premier contrat de vente avec l'acheteur A portant sur une chose déterminée (corps certain, comme il est toujours sous-entendu ici); puis, se ravisant avant d'avoir transféré la propriété de la chose (par tradition si c'est un meuble, par mutation au registre foncier si c'est un immeuble), il passe avec un second acheteur B un contrat de vente portant sur la même chose; c'est ce second contrat qui finalement est exécuté. Le droit de A est-il opposable à B ? En d'autres termes, A pourrât-il invoquer son titre et se faire attribuer la propriété par B ?

Disons d'emblée que jamais aucun auteur suisse, ni aucun auteur allemand, n'a d'une façon générale répondu par l'affirmative à cette question. (Nous savons qu'il en est de même en France où le principe du contrat réel fait pourtant que l'action de l'acheteur en remise de la chose se fonde déjà un droit de propriété).

La doctrine allemande et la doctrine suisse ont cependant longtemps, et depuis longtemps, débattu des éventuelles conséquences de la mauvaise foi du tiers et tous ne sont pas arrivés à la conséquence de sa totale "impunité".

2. Traitement du problème du tiers de mauvaise foi :

a - la solution de Gierke et Oertmann : la responsabilité délictuelle du tiers :

Certains auteurs allemands classiques parmi les plus grands, et que nous avons plusieurs fois déjà cités, ont défendu que le tiers de mauvaise foi, surtout lorsqu'il incitait le vendeur à violer le contrat, se rendait coupable d'un acte illicite dont il devait répondre selon le paragraphe 823 BGB. Ce fut notamment le cas d'Otto von Gierke dans son "Deutsches Privatrecht" de 1905⁵¹⁴) ainsi que d'Oertmann dans son "Bürgerliches Gesetzbuch" de 1908⁵¹⁵).

Cette solution obligeait le tiers de mauvaise foi à réparer le dommage (en commun avec son vendeur) mais n'était nullement suffisante à rendre la créance du premier acheteur opposable à ce tiers de mauvaise foi.

b - la solution de Mercier : le *ius ad rem* de l'acheteur :

Il est nécessaire de rappeler l'existence d'une thèse de Lausanne de 1929, entièrement consacrée au problème de la double vente, celle de M. Charles-Philippe Mercier⁵¹⁶). Le contenu en est extrêmement audacieux. A une époque où le *ius ad rem* n'avait pas encore sa place dans la doctrine suisse, M. Mercier l'introduit et en trouve le type même dans le droit de l'acheteur au transfert de la propriété de la chose. On aura d'emblée compris les conséquences de cette théorie : le droit de l'acheteur est opposable à tous les tiers de mauvaise foi. Cette théorie, qui se voulait révolutionnaire, n'eut pas de suite et la thèse de M. Mercier est assez largement tombé dans l'oubli.

Au point où en est aujourd'hui la doctrine du *ius ad rem*, nous devons considérer que la position de M. Mercier n'est plus guère défendable : elle aurait pour conséquence de réduire les créances civiles à celles de prestations personnelles ou pécuniaires, et le contrat de vente, le plus important de l'ordre juridique, ne ferait naître de créance civile que pour le vendeur, alors que, dans tous les cas, l'acheteur acquerrait une créance réelle.

c - la solution de Larenz : retour à la solution de Gierke et Oertmann :

Le traité de droit des obligations de M. Karl Larenz (IIème édition de 1976), reprend à son compte l'opinion de Gierke et Oertmann selon laquelle le tiers de mauvaise foi complice ou instigateur de la violation du contrat répond de son acte comme d'un délit civil (paragraphe 823 BGB)⁵¹⁷).

d - la solution de Grossen : acte illicite et mode de réparation :

En 1968, M. Grossen publia un article dans les *Mélanges Schönenberger*⁵¹⁸) en bonne partie consacré aux problèmes posés par les cas de double vente.

514) Gierke, op. cit. vol. III p. 893.

515) Oertmann, op. cit. Allgemeiner Teil, p. 145-146.

516) Mercier, Faut-il admettre l'existence du *ius ad rem* en droit suisse ?

517) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts (1er vol.) paragraphe 2 II p. 15.

518) Grossen, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat.

Son but était d'étudier en droit comparé la question de la *reponsabilité délictuelle* du second acheteur de mauvaise foi à l'égard du premier. Il s'agissait donc pour lui d'établir si le premier acheteur pouvait, contrairement à la pratique des tribunaux suisses, s'en prendre au second, sur la base de l'art. 41 CO (responsabilité délictuelle) en vue d'obtenir de lui des dommages-intérêts. (Solution de Larenz).

La solution que propose M. Grossen finalement est particulièrement originale.

Tout d'abord, il défend le principe de cette responsabilité, puis il conclut :

"Au surplus, l'application combinée des articles 41, al. 1 et 43 al. 1 CO permettrait au créancier d'exiger parfois l'exécution en nature. Ainsi, dans l'hypothèse de la double vente, le second acheteur, déjà propriétaire, pourrait-il être condamné à remettre la chose au premier" 519).

La solution est subtile et à considérer; elle ne consacre pas exactement le principe de l'opposabilité aux tiers du droit de l'acheteur, car, en réalité, l'art. 43 CO donne seulement un pouvoir d'appréciation au juge quant au mode de réparation dans chaque cas d'espèce. Il ne peut donc découler une règle automatique selon laquelle, en cas de double vente, le droit du premier acheteur serait opposable au second; une jurisprudence allant dans ce sens serait de toute évidence une violation de l'art. 43 CO. M. Grossen semble d'ailleurs le penser aussi. Il n'empêche que cette solution a le mérite de poser les jalons d'un système que le législateur suisse pourrait un jour reprendre à son compte.

3. La position de la doctrine majoritaire actuelle

a — en Allemagne :

La doctrine majoritaire allemande se refuse jusqu'à ce jour à admettre la responsabilité du tiers complice ou instigateur de la violation d'un contrat parce que le droit personnel qui en découle ne doit pas être assimilé à un droit réel 520). Il n'y a pas pour les auteurs allemands d'acte illicite au sens du paragraphe 823 BGB à violer un droit relatif.

b — en Suisse :

La doctrine majoritaire suisse ne se distingue guère des auteurs allemands.

Dans la dernière édition (1973) du commentaire zurichois du code des obligations, M. Jäggi reprend la question dans ses remarques préliminaires à l'art. 1 CO 521) sous le titre : *la protection des créances contre les tiers*.

Il commence par affirmer le caractère tout aussi absolu des droits personnels que des droits réels en cela que l'ordre juridique les protège de la même façon :

"La créance appartient à un créancier déterminé à l'exclusion de tout autre sujet de droit. Il n'en demeure pas moins qu'elle est aussi un droit absolu (. . .) La relativité des créances ne signifie nullement que la créance est un

519) Grossen, op. cit. p. 133.

520) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, paragraphe 81. Esser, Lehrbuch des Schuldrechts paragraphe 11 II p. 83.

521) Jäggi, Berner Kommentar, Vorbemerkungen vor Art. 1.

droit de rang inférieur. Le créancier a droit, en cas de violation de son droit par un tiers, au même degré de protection que les titulaires de droits absolus" 522).

Dans la suite de sa réflexion, M. Jäggi prend un certain nombre d'exemples où le caractère de créance civile d'un droit n'empêche pas son titulaire d'exiger son respect par les tiers en vertu des principes précédemment dégagés. Le locataire d'une chose pourra actionner, sur la base de l'art. 928 CCS, le tiers qui viole son droit, qui détient par exemple sans droit la chose louée, etc . . . 523)

Il en vient alors au cas où le débiteur du premier contrat passe avec un tiers un autre contrat qui, s'il était exécuté, rendrait impossible l'exécution du premier (notre hypothèse de la double vente) 524). Pour M. Jäggi, il est absolument évident que l'existence de ce second contrat (de cette seconde créance) ne lèse en soi nullement le créancier du premier contrat. Il existe donc, à ce moment, deux créances parfaitement valables quelles qu'aient été les circonstances de leur naissance.

Il en arrive ainsi à la conclusion. Y a-t-il une qualité particulière du droit du premier acheteur qui lui permettrait de voir exécuter le contrat en sa faveur ? Cela équivaldrait à donner *un rang aux créances*, or

" . . . fondamentalement toutes les créances sont placées à égalité" 525).

Dans un article publié en 1970 dans la Revue de droit suisse, qui concerne plus spécialement d'ailleurs la question du transfert *a non domino* de la propriété des meubles, M. Hinderling apporte un élément de réflexion qui complète l'abord de M. Jäggi du sujet de l'opposabilité aux tiers des créances civiles 526). Dans le transfert *a non domino* de la propriété d'un meuble, le tiers de bonne foi acquiert la propriété bien qu'il n'y ait apparemment aucune cause, puisqu'il ne saurait y avoir de contrat valable, le transférant n'ayant pas le droit de transférer la propriété de la chose; en conséquence, on doit admettre que *la bonne foi du tiers fait office de cause* à ce transfert et qu'ainsi la bonne foi est une des causes *alternatives* de transfert du droit (par rapport à celle que serait un contrat valable par exemple). Dans le cas de la double vente, le second acheteur est au bénéfice d'un contrat valable, comme nous l'a démontré M. Jäggi: par conséquent le transfert a une cause, l'obligation découlant du contrat; la bonne foi de l'acquéreur, cause alternative, est inutile.

4. Résultat du test

Malgré les quelques tentatives originales reconstruites çà et là, tant dans la doctrine suisse que dans la doctrine allemande, on doit considérer que la créance de l'acheteur en transfert de la propriété de la chose vendue est inopposable aux tiers tant de mauvaise foi que de bonne foi: notre règle n'est pas falsifiée.

522) Jäggi, op. cit. n. 64.

523) idem n. 67.

524) idem n. 68.

525) idem n. 69.

526) Hinderling, Die Bedeutung der Besitzübertragung für den Rechteerwerb im Mobiliarsachenrecht. Particulièrement p. 184-185.

B — L'opposabilité aux tiers du droit du locataire

1. L'opposabilité aux tiers de la créance du locataire immobilier en droit allemand (paragraphe 571 BGB et 21 al. 1-3 KO)

Test no 48

L'adage "la vente ne brise pas le bail" (Kauf bricht nicht Miete) sert de titre au paragraphe 571 BGB. Cette disposition légale consacre le principe en fonction duquel, lors du transfert de la propriété d'un immeuble, l'acquéreur de celui-ci prend la place du bailleur à l'égard du locataire dans tous les droits et obligations qui découlent du contrat. Le paragraphe 21 al. 1 à 3 KO dispose d'une règle analogue et permet au locataire d'opposer son droit à l'administrateur de la masse en faillite. C'est le droit du locataire à la possession de l'immeuble qui est ainsi opposable à tous les tiers ⁵²⁷) (pendant la durée du bail sous réserve d'une dénonciation aux mêmes conditions qui l'aurait rendue possible pour le premier bailleur, cela est évident).

Le problème du transfert de la qualité de partie au bail est réglé dans le sens positif par le texte clair de la loi ⁵²⁸); on se rappelle qu'en droit suisse ce problème est très vigoureusement discuté pour la créance réelle du locataire dont le bail est inscrit au registre foncier et que la doctrine majoritaire se prononce pour un refus de ce transfert (test no 46, c).

Le bail en droit allemand est ainsi opposable aux tiers sans inscription au registre foncier, ce qui fait écrire à M. Baur :

"Ce n'est pas le registre foncier mais la *possession du fonds* qui est sensée ouvrir les yeux de son acquéreur" ⁵²⁹).

Dans le sens de cette publicité du droit fondée sur la possession du fonds, le tribunal de Mannheim dans un jugement du 5 juin 1964 ⁵³⁰) a décidé que la règle de l'opposabilité aux tiers du droit du locataire défini au paragraphe 571 ne s'appliquait pas dans un cas où le locataire n'avait pas encore emménagé. Cette dernière règle dégagée par la jurisprudence n'a bien sûr aucun sens dans l'hypothèse de la faillite.

Quant à la nature théorique de la norme des paragraphes 571 BGB et 22 KO, M. Baur parle d'un renforcement du droit de créance ⁵³¹) et, dans un autre paragraphe, de "droit de jouissance de la nature d'un droit réel limité" ⁵³²).

Il est important de noter que la jurisprudence a élargi le principe du paragraphe 571 BGB, et le tribunal de Hamm, dans une décision du 15 janvier 1921 ⁵³³), a jugé qu'il s'appliquait non seulement au cas de la vente de l'immeuble mais aussi, par analogie, au cas où l'immeuble est délaissé par son pro-

⁵²⁷) Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, paragraphe 29, E, b, p. 279.

⁵²⁸) Baur, op. et loc. cit.

⁵²⁹) Baur, op. cit., paragraphe 29 E, b, cc, p. 279.

⁵³⁰) MDR 1964, 1007 no 43.

⁵³¹) Baur, op. cit., paragraphe 6 II, 1 p. 46.

⁵³²) Baur, op. cit., paragraphe 30, I, 4 p. 280.

⁵³³) JW 1921, 640-641.

priétaire et où un tiers se l'approprié (paragraphe 928 BGB) montrant bien par là que ce qui est en cause dans le paragraphe 571 BGB c'est l'opposabilité aux tiers du droit du locataire et non un effet particulier du seul contrat de vente immobilière.

Il est nécessaire, pour terminer, d'ajouter que nous refusons, pour notre part, de parler à propos du bail allemand de *ius ad rem* du locataire.

Outre que cette notion est répudiée par la tradition juridique allemande, une telle solution amènerait à parler de *ius ad rem* non plus dans le sens moderne de l'expression, mais chaque fois que la prestation d'une partie est relative à une chose (*ius ad rem* dans le sens de Pothier : cf. I, a, 1 et conceptions de Mercier : test no 47, 2 b).

Nous nous refusons à admettre qu'un contrat synallagmatique puisse à lui seul, *et dans tous les cas*, créer une obligation civile d'une part, et une obligation réelle d'autre part. (Ce n'est pas le cas du droit du locataire en droit suisse dont l'opposabilité aux tiers découle d'une annotation au registre foncier et non du contrat lui-même).

Notre règle est donc clairement falsifiée.

2. L'opposabilité aux tiers de la créance du locataire en droit suisse.

Test no 49

Nous consacrons ici un test spécial à l'opposabilité au tiers de la créance du locataire en droit suisse, dans le seul but d'établir une comparaison avec l'opposabilité aux tiers de cette même créance en droit allemand et en droit français, mais la question ne présente pas en soi d'intérêt dans notre perspective. Il est évident, en effet, que le contrat de bail du droit suisse ne bénéficie pas d'un régime spécial par rapport aux autres contrats et qu'il n'oblige que les parties contractantes.

Le bailleur reste obligé après la vente de la chose car il ne s'agit pas d'une obligation *ad rem*, mais d'une obligation personnelle, d'où le fait qu'il est dans l'intérêt du vendeur d'imposer contractuellement à son acheteur la poursuite du bail : cela rend dans la pratique peu intéressant le problème que nous soulevons ici.

Quoiqu'il en soit, notre règle n'est en rien falsifiée.

3. L'opposabilité aux tiers de la créance du locataire immobilier en droit français

Test no 50

L'art. 1743 C. civ., au chapitre du "louage des choses" (section I : des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux) dispose : "Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le colon partiaire ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine".

La règle, on le voit, est très voisine de celle du droit allemand, sous quelques réserves.

Tout d'abord, elle ne concerne pas les droits issus de tous les baux mais seulement de ceux qui revêtent la forme authentique ou qui ont date certaine.

Cette règle d'ordre qui a semblé nécessaire au législateur français a fait l'objet de nombreux développements jurisprudentiels et doctrinaux sur lesquels nous ne nous arrêterons pas tant ils sont marginaux dans notre perspective.

En deuxième lieu, la loi oblige le bailleur à respecter la situation de fait du locataire (interdiction de l'expulser) mais laisse ouverte la question du transfert de la qualité de partie du bail.

Enfin le décret du 4 janvier 1955 a soumis à la condition de la publication au bureau des hypothèques l'opposabilité aux tiers des baux de plus de douze ans (art. 28 — 2 b)

"La solution est d'autant plus justifiée que l'existence d'un bail de longue durée déprécie souvent l'immeuble qui en fait l'objet et les intérêts de l'acquéreur seraient compromis s'il devait subir un tel bail sans avoir été informé de son existence" 534).

La solution du droit positif français actuel, on le voit, est donc à mi-chemin entre celle du droit allemand et celle du droit suisse.

Plusieurs points de cette solution ont été précisés par la jurisprudence et étudiés par la doctrine et nous devons en faire état ici.

Tout d'abord, la jurisprudence a entendu l'opposabilité aux tiers du droit du locataire non seulement dans le sens de son opposabilité aux acquéreurs par contrat mais aussi aux acquéreurs par adjudication forcée et à la masse en faillite du propriétaire 535) (cf. solution légale identique en droit allemand : art. 22, al. 1 — 3 KO).

La doctrine considère, d'autre part, que l'opposabilité aux tiers du droit du locataire a pour effet de transférer à l'acquéreur la qualité de partie au contrat.

"Des dispositions de l'article 1743, il résulte que l'acquéreur à qui est opposable le bail authentique ou ayant date certaine est, comme le bailleur lui-même, obligé d'assurer au preneur tous les effets du bail. Le preneur est de même tenu de toutes les obligations résultant du contrat de location vis-à-vis de l'acquéreur, ayant cause du bailleur" 536).

La solution sur ce point est donc la même que celle du droit allemand. La jurisprudence se distingue par contre du droit allemand sur un point :

Le preneur a le droit non seulement d'être maintenu en possession, mais encore de contraindre l'acquéreur à le mettre en possession, s'il n'y était pas au jour de la vente et ce, même si l'acquéreur a acquis l'immeuble inachevé, et a terminé lui-même les travaux 537).

C'est là une solution que le texte de la loi, qui parle "d'expulser" le créancier de la prestation se rapportant à la chose immobilière, n'imposait nullement.

Quoi qu'il en soit, comme dans le test no 48, notre règle est falsifiée et pour les mêmes raisons.

534) Marty et Raynaud, Droit civil, Les Sûretés, la Publicité foncière, no 679, p. 431-432.

535) Cass. civ. 26 nov. 1878 (S. 79, 1, 445; D.P. 79, 1, 302). Montpellier 14 déc. 1870 (D.P. 75, 2, 33).

536) Hubrecht, Bail en general, Cessation du contrat. Vente de la chose louée, n. 70 p. 10.

537) Paris, 14 avril 1931 (S. 1931, 2, 185). Hubrecht, op. cit. n. 75 p. 10.

SECTION VI

Tableau schématique du résultat des tests : conclusion sur la validité de la règle a priori

I – Objectif

Le tableau que nous allons présenter ici n'a pas pour but de résumer le résultat des tests auxquels nous avons soumis notre règle (C'est la raison pour laquelle il se référera au seul numéro de ces tests sans indiquer leur contenu matériel).

Suivant la logique popperienne que nous avons adoptée, il présentera un rapide schéma des résultats *quantitatifs* de notre étude systématique (avec quelques indications sommaires sur le fondement théorique des cas de falsification relevé de notre règle) et nous permettra d'établir si nous avons atteint *le non recherché* à la question de la validité de la règle que nous éprouvons.

Ce n'est pas ce tableau qui nous servira, si nous reconnaissons ne pas avoir atteint *le non recherché*, à interpréter le degré de falsifiabilité de notre règle, mais l'ensemble du contenu de notre étude systématique.

II – Tableau

Sur un total de 46 tests, notre règle n'a pas été falsifiée dans 30 tests portant sur l'opposabilité aux tiers de droits réels ou l'inopposabilité aux tiers de créances civiles.

Elle a été falsifiée dans les tests suivants :

- no 2 *Objection* : nous attribuons cette falsification fondée sur la notion de *survivance du droit* à une erreur doctrinale (qui s'étend d'ailleurs à d'autres hypothèses)
- no 6 Falsification par interprétation d'une norme d'équité (Fondement paulien ?)
- no 9 Falsification par l'existence d'un droit réel temporairement inopposable aux tiers (concept de *situation intermédiaire*)
- no 10
- no 12 Falsification dans un cas spécial: mise en lumière du problème de l'inopposabilité aux tiers d'un droit réel par absence de moyen de preuve.
Objection : problème tout à fait général extérieur en principe à la nature de notre démarche

- no 13 Falsification évidente. *Objection* : le fondement paulien
- no 15 *Objection* : falsification fondée sur ce que nous estimons être une erreur de la jurisprudence
- no 18 *Objection* : fondement paulien
- no 19
- no 23 Falsification dans une mesure limitée
- no 25 *Objection* : falsification sur une position de la jurisprudence que nous estimons être indéfendable en logique
- no 31
- no 38 Falsification fondamentale se rapportant au rang des sûretés réelles
- no 39 *Objection* : fondement paulien
- no 48
- no 50

III – Conclusions

La lecture de l'ensemble de ce tableau nous montre que, même avec des tests choisis pour le "risque" qu'ils présentaient de falsifier notre règle, les cas de falsification restent rares. Nombre des cas de falsification retenus sont de plus accompagnés de réserves ou d'objection. Nous n'avons pas atteint le *non* recherché.

Un degré de falsifiabilité de notre règle apparaît qui a seulement pour conséquence naturelle, selon la logique popperienne, de nous permettre d'affirmer *le caractère scientifique de notre règle*.

Au fil du résultat des tests, cette conclusion est peu à peu apparue et nous ne faisons ici que la constater. Toute autre est la question de l'interprétation du degré de falsifiabilité de notre règle qui doit nous permettre de la réexprimer d'une façon nouvelle (et nécessairement provisoire) au vu de notre recherche. Nous consacrerons à cette tâche la troisième et dernière partie de notre étude.

TROISIÈME PARTIE

Interprétation du degré de
falsifiabilité de la règle
mise à l'épreuve et apports
généraux de l'étude

Chapitre I – Éléments de corroboration de la règle

A – Elaboration des principes d'analyse

“Pour évaluer le degré de corroboration d'une théorie, nous tenons compte de son degré de falsifiabilité. Une théorie peut d'autant mieux être corroborée, qu'elle peut mieux être soumise à des tests. D'autre part, la possibilité d'être soumise à des tests est la réciproque du concept de *probabilité logique*, de telle sorte que nous pouvons également dire qu'une évaluation de la corroboration tient compte de la probabilité logique de l'énoncé en question” 538).

Nous nous trouvons ainsi en face de deux concepts : le degré de corroboration de la règle et son degré de falsifiabilité qui semblent être l'inverse l'un et l'autre.

A vrai dire, le degré de corroboration d'une règle s'entend à deux niveaux. Si au niveau final il est l'inverse du degré de falsifiabilité, il est *a priori* le haut degré de possibilité de soumettre cette règle à des tests, et c'est ce que le passage précité de Popper montre particulièrement bien. (Si finalement le fait de voir beaucoup de cygnes blancs et peu de cygnes bruns corrobore la théorie selon laquelle les cygnes sont en général blancs, ce qui la corrobore *a priori* c'est la possibilité de voir beaucoup de cygnes et dans des lieux géographiques différents : différence dans le champ d'application de la théorie).

C'est la raison pour laquelle nous nous proposons de traiter d'abord de cette corroboration *a priori*, c'est-à-dire de la manière dont nous sommes parvenus à mettre notre règle à l'épreuve, avant de traiter de son degré de *falsifiabilité* observé à la suite de nos expériences dont découlera par un total automatisme son degré de corroboration final. Ce dernier nous permettra de réexprimer de façon nouvelle la règle que nous avons étudiée.

B – Réflexions générales sur le choix et le résultat des tests

Le tableau des résultats des expériences entreprises fait apparaître 16 cas de falsification de la règle éprouvée. Ce résultat est suffisant pour démontrer que nous sommes parvenue à la soumettre à des tests pertinents et par conséquent qu'elle a un caractère scientifique 539).

Le degré de corroboration *a priori* de la règle est augmenté par le fait que nous avons obtenu des résultats se rapportant à l'application de notre règle dans des champs très différents (propriété mobilière, propriété immobilière, droits réels limités et créances civiles).

538) Popper, *La logique de la découverte scientifique*, p. 274.

539) Popper, *op. cit.* p. 45.

Le choix des tests que nous avons présentés était bien sûr arbitraire et dépendait d'un facteur psychologique : notre pressentiment du non recherché à la question que nous posions concernant la validité de la règle éprouvée. La présentation même de ces tests, c'est-à-dire leur individualisation les uns par rapport aux autres, malgré un exposé d'apparence rationnel nécessaire à la compréhension d'un ouvrage scientifique, ne saurait trouver sérieusement de justifications scientifiques.

C – Définition finale du concept de droit réel inopposable aux tiers

La règle que nous avons éprouvée présentait une ambiguïté dans une de ses composantes : l'inopposabilité aux tiers apparaissait comme une notion floue. Nous avons consacré un grand nombre de pages à son étude et nous sommes parvenu à cerner peu à peu le concept.

Sans chercher à définir l'opposabilité aux tiers au sens général, il nous est possible à la fin de notre étude de proposer une définition du concept de *droit réel inopposable aux tiers*.

Un droit réel est inopposable aux tiers *au sens propre* lorsque son existence ne fait aucun doute et que son titulaire est empêché de le faire valoir contre une ou plusieurs personnes ou l'ensemble des sujets de droit, cette inopposabilité aux tiers pouvant éventuellement, mais pas nécessairement, entraîner subséquemment sa disparition.

Nous avons d'autre part qualifié de *situation intermédiaire* cette "inopposabilité aux tiers" constituée par le fait que le titulaire du droit réel n'a pas la maîtrise directe de sa chose, ce qui crée un danger pour la survie de son droit (et le vide de l'essentiel de son sens dans la conception de Jhering) : nous avons refusé d'assimiler cette situation intermédiaire à une inopposabilité aux tiers au sens propre, parce que le titulaire du droit peut toujours *revendiquer* c'est-à-dire opposer son droit tant qu'il existe, mais nous avons aussi reconnu qu'il est des cas où cette revendication se heurte à de tels obstacles *juridiques* que l'on s'approche, voire que l'on rejoint, les cas d'inopposabilité aux tiers au sens propre.

En troisième lieu, nous avons parlé de cas de "survivance du droit" là où un droit réel se trouvait bien inopposable aux tiers mais où, un peu paradoxalement, nous doutions justement de cette survivance : or, si le droit n'existe pas, il n'est pas logiquement possible de lui attribuer la qualité même négative d'inopposabilité aux tiers.

Il convient d'ajouter ici que, si notre distinction entre l'inopposabilité au sens propre d'un droit réel, la situation intermédiaire et la survivance du droit est parvenue à se constituer puis à survivre au travers de toute notre étude, nous devons finalement constater que ces trois phénomènes participent bien d'une réalité unique que l'on pourrait appeler simplement l'affaiblissement des effets apparents du droit réel, ou, pour nous référer à la terminologie usuelle que nous avons combattue parce que nous la jugions trop ambiguë et paradoxale, l'*inopposabilité aux tiers au sens large*.

En effet, si au niveau de la situation intermédiaire nous avons refusé de parler d'inopposabilité aux tiers parce que l'affaiblissement des effets apparents

était encore généralement trop peu important, au niveau de ce que nous avons appelé la survivance du droit, cet affaiblissement était tel que nous doutions que les effets perceptibles puissent nous permettre d'affirmer l'existence du droit. Tout n'est donc question que de degrés dans cet affaiblissement et l'opposabilité aux tiers du droit réel au sens propre (sens étroit) est cet état moyen qui va de la situation intermédiaire avancée à la disparition du droit, disparition due dans notre perspective épistémologique à la fin de la perception possible du phénomène.

D — Élément d'affaiblissement de la règle : l'expérience du *ius ad rem*

Le degré de corroboration *a priori* de notre règle a été affaibli par la constatation que nous avons faite que l'opposabilité aux tiers pouvait également caractériser d'autres droits. L'augmentation du nombre de situations contenues dans une définition, qui est la marque d'une frontière, affaiblit cette définition. C'est l'expérience que nous avons faite avec les tests consacrés au *ius ad rem*.

Nous ne pouvons plus dire en effet : "l'opposabilité aux tiers est une caractéristique du droit réel", mais nous devons dire : "l'opposabilité aux tiers est une caractéristique du droit réel *et* de la créance réelle". Dans la pratique scientifique, cela signifie qu'un droit patrimonial *observé* comme opposable aux tiers est un droit réel *ou* une créance réelle et que l'opposabilité aux tiers peut servir à *décrire* le droit réel *et* la créance réelle.

Chapitre II – Examen du degré de falsifiabilité de la règle

A - Constat de dualité des types de falsification

Les 16 cas de falsification retenus de notre règle apparaissent d'emblée comme appartenant à deux types de nature très différente. Le cas No 38, qui constate que le système fondant le rang des sûretés réelles falsifie notre règle dans de très nombreux cas particuliers est la seule expérience (sous réserve de quelques cas limites) où finalement on rencontre un droit réel inopposable aux tiers pour des motifs endogènes, c'est-à-dire des motifs qui tiennent au droit lui-même. Dans les autres cas, et c'est pour nous une découverte inattendue, nous nous sommes trouvés en face de droits réels dont nous avons dit que finalement ils devraient être opposables aux tiers mais qu'ils ne l'étaient pas *in concreto* parce qu'un principe extérieur les en empêchait. (Rappelons que nous voulions justement exclure au début de notre recherche les cas de falsification dus au fondement paulien parce qu'ils nous semblaient trop exogènes pour être pertinents. (Position théorique / Chapitre IV, A, 1).

D'autre part la grande majorité des cas de falsification retenus de type exogène ont un caractère marqué de marginalité.

Nous entendons par là qu'ils se rapportent non pas à des institutions ordinaires du droit et pour de nombreuses situations, mais à quelques institutions moins importantes et pour un ou deux cas spéciaux.

D'autre part, le plus souvent, les situations de falsification de notre règle sont constituées par des cas d'inopposabilité aux tiers où l'existence du droit, quoique mis en lumière par des effets potentiels évidents, est elle-même aléatoire (cf. test no 19 consacré au droit du propriétaire mobilier du droit français après l'écoulement du délai de revendication de sa chose contre l'administrateur de la masse : cette expérience est particulièrement illustrative).

Ce sont là deux constatations qui d'emblée confortent notre règle en délimitant, pour les seuls cas que nous connaissons bien entendu, le terrain sur lequel notre règle est reconnue comme falsifiable.

B — La falsification d'attribution de rang : première réexpression de la règle

Nous avons établi que dans le cas des hypothèques, et d'une façon générale dans le droit des sûretés réelles immobilières, l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel cédait toujours le pas à sa fonction attributive de rang des droits réels entre eux.

Pour ces droits de sûreté, elle garde cependant son sens lorsqu'elle ne vise pas des titulaires de droits analogues mais les titulaires du droit de propriété sur la même chose (droit de suite).

Cette constatation débouche directement sur un premier élément de renouvellement de l'expression de notre règle : *l'opposabilité aux tiers n'est une caractéristique du droit réel que dans la mesure où elle ne sert pas à attribuer un rang à ce droit par rapport à d'autres droits réels*. (Dire qu'une hypothèque de premier rang est opposable à une hypothèque de deuxième rang ce n'est pas la *décrire comme droit réel*, mais comme droit préférable à un autre droit; dire que cette hypothèque est opposable à l'acheteur de l'immeuble qu'elle grève, c'est la *décrire comme droit réel*).

C – Analyse et classification des causes et fondements exogènes des cas relevés de falsification

Il peut sembler *a priori* paradoxal de réexprimer une règle en soi en tenant compte pour cela des cas où des circonstances extérieures l'empêchent simplement de s'appliquer. Le paradoxe est à notre sens spécieux. La règle dont il est ici question est une règle scientifique *permettant l'identification d'une réalité* au travers de certains aspects de son phénomène. Il en découle pratiquement que c'est cet usage fait de la règle, cette perspective pragmatique, qui doit nécessairement guider l'expression de la règle. En clair, disons que la règle dont nous allons renouveler l'expression devra servir à l'avenir à reconnaître *concrètement* les droits réels : cet objectif concret serait impossible si son expression ne tenait pas compte non seulement des cas où la règle en soi est fausse, mais aussi de ceux où elle est concrètement sans pertinence.

Pour déboucher sur une réexpression de la règle tenant compte de tous les obstacles à son application (falsification exogène) il importe donc de tenir compte de toutes ses causes de falsification. Il convient par la suite d'établir le fondement de ces cas de falsification exogène, étant bien entendu que ce travail ne pourra être réalisé que pour les tests expérimentés, et que son résultat sera indéfiniment vulnérable, mais cela correspond simplement au système de la logique popperienne que nous avons choisi.

Au vu des résultats de nos expériences, nous estimons être en mesure de proposer une classification générale de ces causes de falsifications exogènes. Cette classification n'aura bien sûr rien d'absolu et tel ou tel cas pourra voir ses fondements le faire appartenir pour une part à plusieurs des catégories ainsi définies.

1. les fondements "pathologiques" :

Nous employons cette expression de fondements "pathologiques" pour désigner des cas d'opposabilité aux tiers de droits réels qui tiennent soit à un flottement technique de la règle de droit (de la loi), soit à une aberration jurisprudentielle. C'est peut-être dans ces cas là surtout que le terme de *marginalité*, que nous avons employé plus haut, prend tout son sens. Les exemples de ces cas là ne manquent certainement pas (cf. test no 2, 15, 19, 25 etc.).

Il est dans doute pertinent de rappeler ici que c'est en droit français que notre règle a été le plus souvent falsifiée, c'est-à-dire dans un droit très ancien et qui partant souffre d'imperfections techniques bien connues.

Les cas de falsification de notre règle à fondement “pathologiques” ne sont certes pas les plus intéressants dans notre perspective et n’élèvent que bien peu le degré de falsifiabilité de notre règle.

2. les fondements sur des conflits d’a priori épistémologiques :

Nous ne saurions répéter ici nos considérations sur les niveaux de la règle de droit (Position théorique, chapitre 2, A).

On aura cependant gardé en mémoire le fait que la règle que nous éprouvons appartient au niveau épistémologique, c’est-à-dire au niveau le plus profond de la règle de droit, là où ni la volonté d’un législateur ni les faits sociaux ne peuvent avoir d’influence; le terme d’épistémologique se réfère dans ce cas à la manière dont on analyse la réflexion d’Emmanuel Kant lorsqu’il parle des *a priori* sur lesquels l’homme fonde sa connaissance de l’objet, c’est-à-dire du monde. La logique est une de ces nécessités *a priori*, nous l’avons vu; d’autres *a priori* ne peuvent être ramenés à la nécessité logique (nous avons longuement épilogué, pour illustrer notre réflexion, sur la nécessité pour l’esprit humain de l’existence du contrat). Nombreux de ces *a priori* contredisent même l’a priori logique (voir à ce sujet la critique de Popper adressée à Kant lorsqu’il tente de concilier l’a priori logique et l’a priori d’induction 540).

a – l’opposabilité aux tiers fondée sur l’absence de moyens de preuve :

La première des nécessités épistémologiques, qui fondent certains cas d’opposabilité aux tiers de droits réels est le principe en vertu duquel nul ne saurait faire valoir un droit sans apporter la preuve de son existence : c’est le principe que le droit suisse exprime par l’art. 8 CCS. “Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu’elle allègue pour en déduire son droit”. C’est là ce que nous avons aussi appelé plus haut un principe général du droit (test no 1, b, b – 1, test no 3, c, c – 3) qui entre en conflit avec l’opposabilité aux tiers des droits réels.

b – le fondement paulien :

Nous sommes là en présence de l’un des fondements essentiels des cas d’opposabilité aux tiers de droits réels et sur lequel il importe de revenir bien que nous lui ayons consacré de nombreuses pages déjà.

Nous avons tout d’abord exclu de notre réflexion l’action paulienne au sens étroit, à laquelle nous avons consacré un long chapitre de notre abord théorique (Position théorique, chapitre IV, particulièrement D). Nous avons en effet estimé que notre réflexion sur le mécanisme élémentaire d’une règle de droit ne pouvait concerner une institution visant seulement à donner en équité une sanction à certains devoirs généraux. Cette institution se révèle d’ailleurs formellement sous cet aspect dès le droit romain par l’absence de cohérence quant à sa struc-

540) Popper, La logique de la découverte scientifique, p. 31.

ture (interdit fraudatoire fondant une action réelle, et prohibition d'autres actes frauduleux fondant une action personnelle : position théorique, chapitre IV, D, 2).

Nous avons pourtant été amené à reconnaître que l'action paulienne doit être, quant à son principe, classée parmi les règles de droit du niveau sociologique profond, si ce n'est épistémologique⁵⁴¹). D'autre part, nous avons d'emblée admis que le fondement paulien, qui peut se définir comme la sanction en équité d'un devoir général, se retrouve dans de nombreuses autres règles de droit. Expériences faites, nous pouvons maintenant affirmer que c'est le fondement paulien, sous des formes plus ou moins apparentes, et non toujours exclusives, qui amène formellement au plus grand nombre de situations de falsification de notre règle (test no 6, 13, 18, 39 pour les cas les plus évidents).

En fonction de ce que nous avons dit de la pertinence relative des institutions à fondement paulien pour falsifier notre règle, nous devons admettre que cette constatation renforce cette règle. Elle nous permet pourtant d'autre part de voir clairement une de ses limites essentielles.

541) Notions définies dans : Position théorique, chapitre II, A.

Chapitre III

Tentative de réexpression de la règle :

En examinant le degré de falsifiabilité de la règle selon laquelle l'opposabilité aux tiers est une caractéristique du droit réel, et particulièrement les fondements de ses cas de falsification, nous avons établi que cette règle était mise en échec, d'une part, par la fonction d'attribution de rang de l'opposabilité aux tiers et cédait le pas, d'autre part, à un certain nombre d'autres principes juridiques plus forts quant à la manière dont ils s'imposent à la raison ou à la conscience humaine. Parmi ces principes plus forts, nous avons mis en lumière le *fondement paulien*, à contenu éthique, le principe des règles de preuves, à contenu logique (éthique et logique sont deux *a priori* ou impératifs catégoriques), et il ne fait aucun doute que des expériences autres que celles que nous avons réalisées mettraient en lumière d'autres principes susceptibles de faire échec à notre règle. Il est donc justifié, au regard de nos expériences, d'affirmer que l'opposabilité aux tiers, si elle est bien une caractéristique du droit réel, ne la caractérise, et ne permet partant de l'identifier concrètement, qu'à titre *subsidaire*.

Dans la pratique du droit, cela a la conséquence suivante: l'opposabilité aux tiers peut servir à *décrire* le droit réel *dans l'abstrait*, comme toute caractéristique apparente habituelle permet dans l'ordre normal des choses de décrire un phénomène. L'opposabilité aux tiers est un élément général de description du droit réel, avec d'autres que nous connaissons bien et qui interfèrent avec lui, comme l'immédiateté du droit, son lien avec la maîtrise de la chose, l'affectation de cette chose à un patrimoine. Il n'est par contre plus soutenable en logique que l'on puisse faire découler, dans chaque cas concret, la qualité réelle d'un droit de la seule observation de son opposabilité aux tiers, ni de déduire qu'un droit est nécessairement opposable aux tiers parce qu'on le sait réel.

L'opposabilité aux tiers est une caractéristique subsidiaire et abstraite du droit réel, comme d'ailleurs de la créance réelle.

GENEVE, le 10 janvier 1977

Bibliographie

N. B. : La grande diversité des matières abordées dans la présente étude nous oblige à renoncer à toute classification systématique de la bibliographie.

- | | |
|--|--|
| Hassen Aberkane | Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français; contribution à l'étude de la distinction des droits de créances et des droits réels, thèse d'Alger 1955. |
| A. Achilles et M. Greiff | Bürgerliches Gesetzbuch, 21ème éd. par G. Beitzche, Berlin 1958. |
| Charles Aubry et C. Rau | Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, vol. 2-3 et 4, 4ème éd., Paris 1869 - 1879. |
| Aubry et Rau | Droit civil français, 7ème éd. par Paul Esmein, Paris 1961. |
| Jean-Marie Aussel | Essai sur la notion de tiers en droit civil français, thèse de Montpellier 1951. |
| G. Baudry-Lacantinerie
M. Chauveau | Traité théorique et pratique de droit civil, tome VI Les Biens, Paris 1905. |
| Alexandre Bain | Logique déductive et inductive (traduit de l'anglais par Gabriel Compayré) 3ème éd., Paris 1894. |
| Adolf Baumbach, Wolfgang
Lauterbach, Jan Albers
Peter Hartmann | Zivilprozessordnung (in Beck'sche Kurz-Kommentare) 33ème éd., Munich 1975. |
| Fritz Baur | Lehrbuch des Sachenrechts, 6ème éd. Munich 1970. |
| Joseph Becquart | Les mots à sens multiples dans le code civil, contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique, thèse de Lille 1928. |

- Emile Becqué — La réforme de la publicité foncière (J. C. P. 1955 I 1226).
— note sous J. C. P. 1942 II 1542.
— note sous J. C. P. 1945 II 2743.
— note sous J. C. P. 1949 II 4972.
- Alain Benabent note sous J. C. P. 1973 II 17485.
- André Besson note sous D. S. 1970, 2, 21.
- Charles Beudant, Robert Beudant et Paul Lerebours Cours de droit civil français (en 19 volumes) 2ème éd., Paris 1934 — 1953.
- Pigeonnière
- Johannes Biermann Das Sachenrecht, 3ème éd. Berlin 1914.
- Jean Bigot note sous J. C. P. 1967 II 14946.
- Philippe Bihr L'opposabilité aux tiers du gage constitué sur un véhicule automobile (D. S. 1970, chr. 69).
- Henri Bilger La vente. Formation du contrat. Commentaire J. C. C. ad art. 1583 C. civ. fasc. B, Paris 1972.
- Jean-Marc Bischoff note sous J. C. P. 1967 II 15266.
- Henri Blin Servitudes conventionnelles. Conditions d'exercice. Commentaire J. C. C. ad art. 696-702 C. civ. Paris 1972.
- A. Böhle-Stamshräder Konkursordnung (in Beck'sche Kurz-Kommentare) 11ème éd., Munich 1974.
- Ferruccio Bolla Loi fédérale du 19 mars 1955 sur le droit de superficie et le transfert des immeubles (R. N. R. F. 1965, 257-268).
- Julien Bonnetcase — Précis de droit civil, tome 1er, Paris 1934.
— Supplément au Traité de Baudry Lacantinerie, 3ème éd. Paris 1905-1930.
- Bourjon Le droit commun de la France, Paris 1747.
- H. Boursigot note sous J. C. P. 1965 II 14186.
- Brand-Schnitzler Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis, 9ème éd. Berlin 1957.
- Jean-Denis Bredin — note sur l'arrêt Vallet contre Roncari (Rev. trim. de droit civil 1968, 564).
— note sur l'arrêt Fay contre Zacarelli (Rev. trim. de droit civil 1973, 149-150).
- Claude Bufnoir Propriété et contrat, Paris 1924.
- Theodor Bühler Der Eigentumserwerb durch ausserordentliche Ersitzung in der Praxis (R. N. R. F. 1966, 129).
- Bulté note sous S. 1949 I, 189.
- B. V. note sous D. S. 1973, 1, 1.

Henri Capitant	Vocabulaire juridique, Paris 1930.
Jean Carbonnier	— Droit civil. Introduction à l'étude du droit et droit civil, 1er vol., 7ème éd., Paris 1967. — Droit civil, les Biens (tome 3) 6ème éd. Paris 1969.
Nicole Catala-Franjou	De la nature juridique du droit de rétention (Rev. trim. de droit civil, 1967, 2).
Pierre Cavin	Les accessoires en droit civil (R. N. R. F. 1953, 65).
Gion Clopath	Quelques problèmes relatifs à la double vente spécialement en matière immobilière (R. S. J. 1970, 49-54 et 65-70).
Le Code civil (1804—1904)	Livre du centenaire, publié par la société d'études législatives, Paris 1904.
Ambroise Colin et Henri Capitant	Traité de droit civil, refondu par Léon Julliot de La Morandière, Paris 1957.
Albert Comment	Le droit de préemption agricole vu sous l'angle du conservateur du registre foncier (R. N. R. F. 1958, 1).
Carl Crome	System des deutschen Bürgerlichen Rechts (3ème vol. Rechte an Sachen und an Rechte) Berlin 1905.
E. Crugut	De la notion de tiers, thèse de Toulouse 1905.
Cuny	Des Tiers, thèse de Nancy 1889.
Edouard Cuq	Manuel des institutions juridiques des Romains, 2ème éd., Paris 1928.
Jean Dabin	Une nouvelle définition du droit réel (Rev. trim. de droit civil, 1962, 20).
Michel Dagot	note sous J. C. P. 1968 II 15 624.
A. M. Demonte et Colmet de Santerre	Cours analytique de Code civil, Paris 1880.
René Demogue	Traité des obligations en général (7 vol.), Paris 1923—1932.
Charles Demolombe	Cours de Code Napoléon, (14 vol.) Paris 1854—1857.
Jean Deprez	— Effets des conventions à l'égard des tiers. Commentaire J. C. C. ad art. 1165 C. civ. (fasc. I et fasc. IV), Paris 1961. — Classification des obligations. Commentaire J. C. C. ad art. 1136-1145 C. civ. (fasc. I et fasc. IV) Paris 1965.
Jean Derruppe	La nature juridique du droit du preneur à bail

- et la distinction des droits réels et des droits de créances, thèse de Toulouse 1952.
- Henri Deschenaux
- Les restrictions légales de la propriété foncière et le registre foncier (R. N. R. F. 1957, 321).
 - Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le registre foncier (R. N. R. F. 1962, 282).
 - Encore les effets de l'annotation de droits personnels au registre foncier (RDS 1964 I 301).
- H. Dimopoulos-Vosikis
- Zum Problem der dinglichen Pflicht (Arch. Ziv. Prax., 1967, 515).
- Marc Donnier
- Réflexions sur l'hypothèque judiciaire conservatoire (D. 1961, chr. 79).
 - Privilèges. Définition et caractères généraux. Commentaire J. C. C. ad art. 2095 C. civ. (fasc. B), Paris 1969.
- Emile Duperrex
- Quelques problèmes juridiques et pratiques relatifs à la réserve de propriété (Wirtschaft und Recht IX, 227).
- Alexandre Duranton
- Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil (4 vol.), Paris 1821.
- Gerhard Eggen
- Das Bundesgesetz vom 19. März 1965 über das Baurecht und Grundstückverkehr (R. N. R. F. 1965, 269).
- Pierre Engel
- Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO, Neuchâtel 1973.
- Ludwig Enneccerus,
Hans Carl Nipperdey
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Tübinge 1960.
- Arnold Escher
- Das Erbrecht, Zürcher Kommentar ad art. 537-640 CCS, 3ème éd., Zurich 1960.
- Joseph Esser
- Schuldrecht, 4ème éd., Karlsruhe 1970.
- Antoine Favre
- Droit des poursuites, 3ème éd., Fribourg 1974.
- Frédéric Fitting
- Le caractère abstrait ou non abstrait des actes de transfert (RDS 1956 I 349).
- Werner Flüme
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2ème éd., Berlin, Heidelberg, New-York 1975.
- Marcel Fréjaville
- Des meubles par anticipation. Questions juridiques et fiscales relatives aux cessions de droits d'extractions, aux ventes de matériaux de démolition, d'immeubles par destination, de coupes de bois, récoltes sur pied, etc., thèse de Paris 1927.

- Hans Peter Friedrich Le développement de l'institution du droit de superficie en Suisse (R. N. R. F. 1966, 193).
- Hans Fritzsche Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischen Recht, 2 volumes, Zurich 1967.
- Georg Furtner Die gewillkürte Prozesstandschaft (Jur. Rsch 1958, 50).
- Eugène Gaudemet, H. Desbois et J. Gaudemet Théorie générale des obligations, Paris 1965.
- François Géný – Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2ème éd., Paris 1919.
– La technique législative dans la codification civile moderne, in Le Code civil (1804–1904) Livre du Centenaire, Paris 1904.
- Julius von Gierke Sachenrecht (in Enzyklopädie der Rechts – und Staatswissenschaften), 3ème éd. Berlin 1948.
- Otto von Gierke Deutsches Privatrecht, (2 vol.) Leipzig 1895 et 1905.
- François Gilliard La relativité des concepts juridiques. (in Recueil de travaux suisses présenté au 5ème congrès international de droit comparé, Bruxelles 1958 p. 37 ss).
- Samuel Ginossar – Droit réel, propriété et créance, Paris 1960.
– Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel (Rev. trim. de droit civil, 1962, 573).
– Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. Emergence du délit civil de fraude, Paris 1963.
– La fraude au droit d'autrui est-elle licite ? (in Mélanges Jean Dabin, 2ème vol. p. 615, Bruxelles 1963).
- Paul Frédéric Girard Manuel élémentaire de droit romain, 7ème éd., Paris 1924.
- Marc Glauser Das öffentliche Vorkaufsrecht, thèse de Zurich 1969.
- Gilles Goubaux note sous J. C. P. 1970 II 16 333.
- Bernard Gross Prescription. Choses mobilières. Commentaire J. C. C. ad art. 2279-2280 C. civ., fasc. L, Paris 1974.
- Jacques-Michel Grossen La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat (in Mélanges Schönenberg, Fribourg, 1968, 121).

Teo Guhl	Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung (in <i>Mélange en l'honneur du jubilé du Tribunal fédéral</i> , p. 93 ss, Berne 1924).
Teo Guhl, Hans Merz, Max Kummer	Das schweizerische Obligationenrecht, 6ème éd., Zurich 1972.
Pierre Guiho	Les actes de disposition sur la chose d'autrui (Rev. trim. de droit civil, 1954, 1).
François Guisan	La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière, thèse de Lausanne 1970.
G. Güthe	Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preuss. Ausführungsbestimmungen — (8ème éd. par Fr. Triebel), 2ème vol., Berlin 1936.
Jean Guyenot	La valeur du nouveau système français de publicité des mutations immobilières (J. C. P. 1958 I 1435).
Robert Haab	Das Sachenrecht, Zürcher Kommentar ad Art. 704-717 CCS, Zurich 1930.
Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer	Das Sachenrecht, Zürcher Kommentar ad Art. 704-717 CCS, Zurich 1953.
Bruno Habermühl	Les ordonnances du Tribunal fédéral concernant l'inscription des pactes de réserve de propriété (JT 1963 II 66).
Karl Haengele	Grundbuchrecht, 5ème éd., Munich 1975.
Jean-Claude de Haller	Le droit à l'inscription de l'hypothèque légale de l'entrepreneur, thèse de Lausanne 1970.
Joseph Hamel	Le gage sans dépossession (D. 1945, chr. 37).
P. Hébraud	La réalisation des droits des créanciers dans la saisie immobilière (D. H. 1939, chr. 21).
Henke-Mönch-Horber	Kurzkommentar zur Grundbuchordnung, 7ème éd., Munich, Berlin 1962.
Hans Hinderling	Die Bedeutung der Besitzübertragung für den Rechtserwerb im Mobiliarsachenrecht (R. D. S. 1970 I 159).
Thomas Hobbes	Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile, trad. François Tricaud, Paris 1971.
Arthur Homberger	Das Sachenrecht, Zürcher Kommentar ad Art. 919-977 CCS, Zurich 1938.
Wolfgang Hromádka	Geschichtliche Beiträge zu Fragen des Faustpfandprinzips im schweizerischen Zivilgesetzbuch (R. D. S. 1970 I 117).

- Eugen Huber — System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 4 vol., Bâle 1886–1893.
— Zum schweizerischen Sachenrecht, Berne 1914.
- Rudolf Hübner Grundzüge des deutschen Privatrechts, Leipzig 1908.
- Georges Hubrecht Bail (en général). Cessation du contrat. Vente de la chose louée. Commentaire J. C. C. ad art. 1708-1762 C. civ. (fasc. 38) Paris 1970.
- Pierre Hugueney De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, thèse de Dijon 1910.
- Carl Jäger Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Edition française par Robert Petitmermet et Henry Bovay, Lausanne 1920.
- Peter Jäggi — Obligationenrecht, Zürcher Kommentar ad art. 1-17 CO, Zurich 1973.
— Ueber das vertragliche Vorkaufrecht (R.N.R. F. 1958, 65).
- Ernst Jäger, Friedrich Lent, Friedrich Weber Konkursordnung, 8ème éd., Berlin 1958.
- Alfred Jauffret La loi du 18 janvier 1951 sur le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (Rev. trim. de droit commercial 1951, 201).
- Rudolph von Jhering — Passive Wirkung des Rechts (Jahrbuch für Dogmatik no 8)
— L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, trad. par O. de Meulemaere, Paris 1860
— Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain, trad. par O. de Meulemaere, Paris 1902.
- Louis Josserand — Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé. (Essai de téléologie juridique), Paris 1928.
— Cours de droit positif français, 2ème éd. Paris 1932.
- Arthur Jost Die Realobligation als Rechtinstitut mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Sachenrechts, Berne 1956.
- Michel de Juglart Obligation réelle et servitude en droit privé français, thèse de Bordeaux 1937.
- Emmanuel Kant — Critique de la raison pure, trad. A. Trémé-

- sayges et B. Pacaud, 2ème éd., Paris 1965.
 — *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. Borni, Paris 1971.
- Arthur Kaufman,
 Winfried Hassemer
 Ulrich Klug
 Günter Kosak
 Heinrich Lange
 Karl Larenz
 F. Laurent
 Hans Leemann
 Hervé Lemoan
 Friedrich Lent, Karl
 Heinz Schwab
 Peter Liver
 J. Mande-Djapou
 Gabriel Marty et
 Pierre Raynaud
- Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Francfort 1971.
Juristische Logik, Berlin, Heidelberg, New-York, 1966.
Rückerstattung nach der Rückerstattungsanordnung im Grundbuchverfahren (Jur. Rsch 1957, 361).
Allgemeiner Teil des BGB, 5ème éd., Munich 1961.
Lehrbuch des Schuldrechts, (1er vol. : *allgemeiner Teil*), 11ème éd., Munich 1976.
Principes de droit civil français, 2ème éd., Paris 1876.
Sachenrecht, *Berner Kommentar ad Art. 730-918 CCS*, Berne 1925.
 note sous D. 1949, 2, 277.
Sachenrecht, 12ème éd., Munich 1968.
- *Die Löschung infolge Unterganges des dinglichen Rechtes* (R. N. R. F. 1958, 321).
 — *Nachwort ad J. Sungurbey* (R. D. S. 1961-I-286).
 — *Grundbuchrecht*, chronique dans RJB 1960, 448 et 1962, 427.
 — *Berner Kommentar*. *Einleitung*; *allgemeine Einleitung*, p. 7-77, Berne 1962.
 — *Die Realobligation* (R. N. R. F. 1962, 257).
 — *Der Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte und auf den Miteigentumsanteil* (in *Melanges Walter Hug*, 1968, 363).
- La notion étroite de droit de rétention*, J. C. P. 1976 I 2760.
- Droit civil*
 — tome I, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris 1972 (2ème éd.)
 — tome II, 1er volume, *Les obligations*, Paris 1962.
 — tome II, 2ème volume, *Les Biens*, Paris 1965.
 — tome III, *Les sûretés, la publicité foncière*, Paris 1971 (2ème éd.).

Jacques Matile	Réserve de propriété et crédit (RSJ 1961, 137).
Albert Matter	Gläubiger und Grundbuch (R. N. R. F. 1950, 313).
Henri, Léon et Jean Mazeaud	Leçons de droit civil, nouvelle édition (4 vol.) Paris 1969.
Jean Mazeaud	– note sous D. 1965, 2, 481. – note sous D. 1968, 2, 412.
Arthur Meier-Hayoz	– Berner Kommentar. Einleitung, Kommentar ad Art. 1 CCS (p. 78 à 212), Berne 1962. – Das Sachenrecht, Berner Kommentar ad Art. 655-679 CCS, Berne 1964. – Der Vorkauf (R. N. R. F. 1964, 255) – Das Sachenrecht, Berner Kommentar ad Art. 641-654 CCS, Berne 1966.
Meikel – Imhof – Riedel	Kommentar zur Grundbuchordnung, (2 vol.) 7ème éd., Berlin Munich 1956.
Charles-Philippe Mercier	Faut-il admettre l'existence du <i>ius ad rem</i> en droit civil suisse ? thèse de Lausanne 1929.
Henri Michas	Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle, thèse de Paris 1900.
Heinrich Mitteis, Heinz Lieberich	Deutsche Rechtsgeschichte, Munich 1974.
Fernand-Lucien Mueller	– La psychologie contemporaine, Paris 1963 – Histoire de la psychologie, Paris 1960.
Roger Nerson	La réforme de la publicité foncière (D. 1955, chr. 157).
Roger Nerson et J. Frossard	Priviège. Le droit de rétention. Commentaire J. C. C. ad art. 2092-2094 C. civ. (fasc. A2) Paris 1965.
Urs Neuenschwander	Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code civil und im schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts, thèse de Berne 1966.
Nezger	Rôle comparé de la transcription immobilière française et de la prénotation du droit allemand (Rev. int. de droit comparé, 1941, 331).
Oberneck	Das Reichsgrundbuchrecht, (2 vol.), 4ème éd. Berlin 1909.
Paul Oertmann	Bürgerliches Gesetzbuch. Erstes Buch : allgemeiner Teil, Berlin 1908.
Fritz Ostertag	Sachenrecht, Berner Kommentar ad Art. 919-977 CCS, Berne 1917.

- Otto Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 35ème éd. (ouvrage collectif in Beck'sche Kurz-Kommentare Munich 1976).
- Pierre Petermann Gläubiger und Grundbuch (R. N. R. F. 1951, 65).
- Hans Rudolf Pfister Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Sachenrecht, thèse de Zurich 1969.
- Jean Piaget L'épistémologie génétique, Paris 1970.
- Jean-François Piguet Les contestations de droit matériel dans la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1950.
- Paul Piotet – L'acquisition *a non domino* de monnaie ou de papiers valeurs au porteur ou à ordre (in Recueil de la Faculté de Lausanne. Société suisse des juristes 1958).
 – L'acquisition d'une chose mobilière aliénée sans droit (R. S. J. 1959, 285).
 – Des effets de l'annotation au registre foncier de rapports de droits personnels (RDS 1960 I 401).
 – A propos de l'annotation des droits personnels au registre foncier (JT 1963 I 570).
 – De quelques effets de l'annotation au registre foncier d'un pacte de préemption (JT 1967 I 162).
 – Le droit à l'hypothèque légale et le privilège de l'entrepreneur, notamment quand l'immeuble est acquis par un tiers ou réalisé dans une exécution forcée (R. N. R. F. 1968, 193).
 – Les effets typiques des annotations au registre foncier (R. N. R. F. 1969, 34).
 – L'entrepreneur a-t-il droit à l'hypothèque légale en cas de construction sur le fonds d'autrui et de faillite du propriétaire ? (JT 1970 I 130).
- B. Plank Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin 1902.
- André Plancqueel note sous J. C. P. 1968 II 15 587.
- Marcel Planiol Traité élémentaire de droit civil, 6ème éd., Paris 1911.
- Marcel Planiol,
 Georges Ripert et
 Maurice Picard *Traité pratique de droit civil français*
 – tome III Les Biens, Paris 1952
 – tome VII Les Obligations, Paris 1954.
- André Ponsard – Contrats et obligations. Action paulienne.

- Commentaire J. C. C. ad art. 1167 C. civ., Paris 1958.
- Contrats et obligations. Action oblique. Commentaire J. C. C. ad art. 1166 C. civ., Paris 1975.
- Karl Raimund Popper — La logique de la découverte scientifique, trad. de Nicole Thyssen-Rutten et Philippe Deveaux Paris 1973.
- Misère de l'historicisme, trad. Hervé Rousseau, Paris 1956.
- Was ist Dialektik ? Cologne, 1970.
- Robert-Joseph Pothier — Coutumes des duchés baillages et prévôtés d'Orléans et ressort d'iceux, Orléans 1772.
- Traité du Contrat de vente (annoté par M. Bugnet), Paris 1847.
- Traité des obligations (annoté par M. Bugnet) Paris 1848.
- Predari Die Grundbuchordnung (Kommentar), Berlin 1907.
- Jean Radouant — note sous D. P. 1939 II 81
- note sous D. 1953 II 625.
- Jean Ray Essai sur la structure logique du Code civil français, Paris 1926.
- Louis Rigaud — Le droit réel, histoire et théorie, thèse de Toulouse 1912.
- A propos d'une renaissance du "ius ad rem" et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux. Revue internationale de droit comparé 1963, 537).
- Georges Ripert Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (D. 1951, chr. 397).
- Georges Ripert et Jean Boulanger Traité de droit civil d'après le traité de Planiol (4 vol.) Paris 1956-1959.
- René Roblot Les sûretés mobilières sans déplacement (in Mélanges Ripert, t. II, 362).
- Paul Roché La prénotation ou inscription provisoire est-elle compatible avec le système français de la publicité foncière ? Etude de droit comparé (Rev. trim. de droit civil 1965, 22).
- René Rodière — note sous D. 1942, 2, 49.
- note sous D. 1965, 2, 60.
- Ernest Roguin — La règle de droit, Paris 1889.
- La science juridique pure, Paris, Lausanne 1923.

- Leo Rosenberg,
Karl Heinz Schwab
Virgile Rosset et
F. H. Mentha
André Rouast
Roland Ruedin
Baptiste Rusconi
Raymond Saleilles
René Savatier
Frédéric-Charles von
Savigny
Diego Scacchi
Yves Seillan
Rolf Serick
P. Simeon, A. David
Soergel - Siebert
M. F. Soinne-Barrat et
A. Delaplace
- Zivilprozessrecht, 11 éd., Munich 1974.
- Manuel de droit civil suisse, 2ème éd. refondue
Lausanne 1922.
- note sous D. 1944, 2, 20.
— La fraude en matière de mesures de publicité
dans le droit civil français (in *Melanges Simo-*
nus, p. 333 ss, 1955).
- Le droit réel de superficie, thèse de Neuchâtel
1969.
- L'action pétitoire fondée sur la possession.
Etude des articles 934 et 936 du Code civil
suisse, thèse de Lausanne 1958.
- De la possession des meubles; étude de droit
allemand et de droit français, Paris 1907.
- note sous D. 1926 I 185.
— Le prétendu principe de l'effet relatif des
contrats (*Rev. trim. de droit civil* 1934, 525).
— Cours de droit civil (3 vol.), Paris 1944.
— Usage et avenir de la publicité foncière ré-
formée par les décrets des 4 janvier et 14
octobre 1955 (*D.* 1959 chr. 221).
- Traité de droit romain, trad. de Ch. Guenoux
(7 vol.) Paris 1851-1855.
— Traité de la possession en droit romain,
trad. d'Henri Straedtler, Paris 1866.
- L'obligation propter rem et les droits person-
nels annotés au registre foncier, thèse de
Genève 1970.
- L'acte abdicatif (*Rev. trim. de droit civil*
1966, 686).
- Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung
(vol. III : Die einfache Sicherungsübertragung),
Heidelberg 1970.
- Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche.
Lehrbuch zur Einführung in das Bürgerliche
Gesetzbuch und seine Nebengesetze (2 vol.)
15 éd. Berlin 1927 et 1929.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Ouvrage collectif cité par Soergel — (nom de
l'auteur) n. x, Stuttgart, Berlin, Cologne,
Mayence 1968.
- Le délai prévu par la loi du 13 juillet 1967 pour
l'exercice de l'action en revendication en

- matière de règlement judiciaire et de liquidation de biens (D. 1974, chron. 144).
- Ismet Sungurbey Le système d'acquisition par prescription extraordinaire du droit suisse-turc (RDS 1961 I 269).
- Bruno Schmidlin Zur Bedeutung des Besitzes in der Besitzrechtsklage (RDS 1966, I, 141).
- K. Schmidt note sous arrêt BGH du 28.6.1974. (Jur. Rsch. 1975, 17).
- Boris Starck – Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui (J. C. P. 1954 I 1180).
– Droit civil :
– tome I Introduction
– tome II Les Obligations, Paris 1972.
- Emil Stark Sachenrecht, Besitz und Grundbuch, Berner Kommentar ad Art. 919-925, Berne 1976.
- J. V. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (ouvrage collectif) (17 vol.) 11ème éd., Berlin 1960.
- Samir Tanagho L'hypothèque des biens à venir (Rev. trim. de droit civil 1970, 441).
- Heinz Thomas, Hans Putzo Zivilprozessordnung, 8ème éd., Munich 1975.
- Pierre Clément Timbal Les obligations contractuelles dans le droit français des XIIIème et XIVème siècles d'après la jurisprudence du parlement, CNRS, Paris 1973.
- Paul Schneeberger Questions pratiques et controversées relatives au droit de préemption conventionnel et au droit de préemption légal des copropriétaires (RNRF 1964, 284).
- Andreas von Tuhr Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, im Systematischen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft von K. Binding, 3ème éd., 1919.
- Michel Villey – La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit, Paris 1968.
– François Gény et la renaissance du droit naturel, in Recueil de conférences pour le centenaire du Doyen François Gény, Paris 1963.
– Leçons d'histoire de la philosophie du droit. Nouvelle éd. Paris, 1962.
– Préface à Emmanuel Kant: Métaphysique des mœurs. Partie I Doctrine du droit. Paris 1971.

- Peter Tuor,
Vito Piconi Das Erbrecht, Berner Kommentar ad Art.
537-640 CCS, 2ème éd. Berne 1964.
- Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9ème éd.
Peter Jäggi Zurich 1975.
- W. Turnau, K. Förster Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen
Reichsgesetzen und den preuss. Ausführungs-
bestimmungen (2 vol.) Berlin 1906.
- Bernard Vincens La règle de la publicité obligatoire dans le
nouveau régime foncier et hypothécaire, thèse
de Montpellier 1957.
- Darius Weber Das Publizitätsprinzip im schweizerischen Recht
der beweglichen Sachen, thèse de Bâle 1963.
- Alex Weill – Le principe de la relativité des conventions en
droit privé français, thèse de Strasbourg
1938.
– Droit civil (3 vol.), Paris 1970.
- Wilhelm Weimar Rechtsfragen bei Vermietung einer Eigentums-
wohnung (Jur. Rsch. 1975, 184).
- Sigbert Weinberg Der Schutz des guten Glaubens im Grundpfand-
recht, thèse de Zurich 1950.
- Gerhard Wesenberg Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im
Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung
Schauenburg 1954.
- Harry Westermann Sachenrecht, 6ème éd. (inchangée de la 5ème
de 1966) Karlsruhe 1969.
- Franz Wieacker – Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2ème éd.
Göttinge 1967.
– Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die
Nationalgesetzbücher (in Mélanges Wilhelm
Fulgentaeger p. 409 ss, Göttinge 1969).
– Die Ausbildung einer allgemeinen Theorie des
positiven Rechts in Deutschland im 19.
Jahrhundert (in Mélanges Karl Michaelis,
Göttinge 1972).
- Carl Wieland Les droits réels dans le Code civil suisse, trad.
d'Henry Bovay (2 vol.), Paris 1913 et 1914.
- Bernhard Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts, 4ème éd.,
Düsseldorf 1875.
- Robert Winkler Die Rechtsvermutungen aus dem Besitz, thèse
de Zurich 1969.
- Martin Wolff,
Ludwig Raiser Sachenrecht,
Tübinge 1957.
- Felix Wubbe Le possesseur de bonne foi vu par les juristes

- romains et modernes. (Leçon inaugurale),
Fribourg 1963.
- Frederic de Wyss Die Schuldbetreibung nach schweizerischen
Rechten (RDS 1888, 1).
- Walter Yung Devoirs généraux et obligations (in *Mélanges*
Schönenberg 1968 p. 163 ss).
- Karl Sal. Zachariae
von Lingenthal Handbuch des französischen Civilrechts, 5ème
éd. revue par August Arnschütz (4 vol.), Heidel-
berg 1853.
— Cours de droit civil français, trad. de l'alle-
mand par Aubry et Rau, (5 vol.) Strasbourg
1843—1846.
- Walter Zeiss Zivilprozessrecht, Tübinge 1971.
- Albrecht Zeuner Zum Verhältnis zwischen Vindikation und
Besitzrecht (in *Mélanges Wilhelm Felgentraeger*,
p. 423 ss, Gottinge 1969).

Achévé d'imprimer
sur les presses de l'Imprimerie Avenir S.A.,
à Genève
en avril mil neuf cent septante-neuf.

Imprimé en Suisse

